Die Pflichten des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrage und ihre Verletzung.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der hohen juristischen Fakultät der
Bayerischen Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von

Gerichtsassessor
Robert Schieffers
Recklinghausen

Approbiert am 16. Juni 1930.

Münster i. W.
Verlag der Alphonsus-Buchhandlung (A. Ostendorff)
1930

Referent: Universitätsprofessor Dr. Locher.

Dem Andenken meines Vaters.

Inhalts-Übersicht.

Erster Teil.

Der Arbeitsvertrag.

Zweiter Teil.

Der Lehrvertrag.

Literatur.

Bail: Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe. Berlin 1904.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band, 2. Abteilung. Recht der Schuldverhältnisse. 18.—22. Auflage. Marburg 1923.

Fuld: Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.

Held-Lieb-Gift: Arbeitsgerichtsgesetz vom 23. Dezember 1926. München 1927.

Hoeniger-Wehrle: Arbeitsrecht. 4. Auflage. Mannheim-Berlin-Leipzig 1924.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Band I. 2. Auflage. Mannheim 1928.

Jacobi: Einführung in das Gewerbe- und Arbeitsrecht. 5. Auflage. Leipzig 1926.

Kaskel: Arbeitsrecht. 3. Auflage. Berlin 1928.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag. I. Band. Leipzig 1902. II. Band. Leipzig 1908.

Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht. Berlin-Leipzig 1923.

Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertrags-Gesetzes. Mannheim-Berlin-Leipzig 1925.

Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.

Richter: Arbeitsrecht als Rechtsbegriff. Leipzig-Erlangen 1923.

Silberschmidt: Das Deutsche Arbeitsrecht. I. Band, I. Teil. München-Berlin-Leipzig 1926.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. I. Band. 12. u. 13. Auflage. Berlin und Leipzig 1926.

v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Band. Recht der Schuldverhältnisse. 2. Teil. 9. Auflage. München, Berlin und Leipzig 1928.

Volkhausen: Das Recht der fristlosen Entlassung. Diss. Köln 1926.

Archiv für die civilistische Praxis. Neue Folge. 2. Band. (122.) Tübingen 1924. — 3. Band. (123.) Tübingen 1925. — 5. Band. (125.) Tübingen 1926. (zit. Archiv.)

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 6. Auflage. I. Band. Berlin und Leipzig 1928. (zit. R.G.R.Komm.)

Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand. (zit. Recht.)

Deutsche Juristen-Zeitung. (zit. D.J.Z.)

Höchstrichterliche Rechtsprechung. Beilage zur Juristischen Rundschau.

Juristische Rundschau. (zit. J.R.)

Juristische Wochenschrift. (zit. J.W.)

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. (zit. L.Z.)

Zentralblatt für Handelsrecht. (zit. Z.f.H.R.)

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. (zit. O.L.G.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (zit. R.G.Str.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit. R.G.Z.)

Erster Teil.

Der Arbeitsvertrag.

A. Einleitung.

Die soziale Entwicklung der Neuzeit hat in steigendem Maße zu einer besonderen Beschäftigung mit den wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnissen der werktätigen Bevölkerung geführt. Diese Bestrebungen in gesetzliche Formen zu kleiden, ist daher eine hervorragende Aufgabe des Gesetzgebers, die um so mehr drängt, als bei dem weiten Eindringen des sozialen Gedankens in alle Zweige des wirtschaftlichen Lebens eine Abwägung der Interessen der Beteiligten und eine bestimmte Umgrenzung ihrer Rechte und Pflichten erforderlich erscheint. Die moderne arbeitsrechtliche Wissenschaft hat es sich daher, fußend auf dem Leitsatz des Artikels 157 der Reichsverfassung vom 11. August 1919, zur Aufgabe gemacht, in Auswertung der sozialpolitischen Erfahrungen der Neuzeit für die der Fürsorge im arbeitsrechtlichen Sinne besonders bedürftigen Volksgenossen, das sind die Arbeitnehmer bestimmter Berufsstände, ein Sonderrecht zu schaffen[1]), damit aber auch zugleich dem Interesse der Gesamtheit zu dienen.[2])

Im Rahmen dieses modernen Arbeitsrechtes erscheint die Bildung eines speziellen Vertragstyps erforderlich, der die Rechtsbeziehungen zwischen den beiden beteiligten Gruppen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer gesetzlich regelt, da die bis heute noch maßgebenden grundsätzlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes der Eigenart des Arbeitsvertrages nicht mehr in allem gerecht werden.

---

[1]) So a. Staudinger, Vorbem. VII A zu § 611 BGB, S. 716; Kaskel, S. 5: „Das Sonderrecht der Lohnarbeit verrichtenden Berufsstände".

[2]) So a. Block in J.W. 1930, S. 371.

B. Der Arbeitsvertrag.

I.

Begriff und Wesen.

Die fortschreitende Entwicklung des modernen Arbeitsrechts hat infolge der scharfen Scheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Arbeit bei Anwendung der bisher allgemein gültigen Bestimmungen des Dienst- und des Werkvertrages auf den Arbeitsvertrag empfindliche Lücken erkennen lassen. Wenn auch der Titel des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag (§§ 611 ff. BGB) die Hauptquelle für den Arbeitsvertrag ist, so ergibt sich die besondere Stellung des letzteren gegenüber anderen Verträgen doch in mehrfacher Hinsicht.[1]) Die auf diesem Gebiete schon erlassenen zahlreichen Gesetze und Verordnungen zeigen am deutlichsten den Mangel eines einheitlichen Rechtes in formeller und materieller Beziehung; zugleich lassen sie aber auch das weitgehende Eingreifen des neuen Arbeitsrechtes in die durch das Bürgerliche Gesetzbuch gegebene Regelung des Dienstvertrages erkennen. Dabei ist die Entwicklung der noch im Fluß befindlichen Materie noch nicht abzusehen. Nichts liegt daher näher, als daß die den Gegenstand dieses Arbeitsrechts bildende abhängige Arbeit ihrem Wesen entsprechend aus der jetzigen gesetzlichen Regelung herausgenommen und in einem besonderen Gesetz umgrenzt wird.

Aus dieser Erwägung heraus ist auch der Entwurf eines „Allgemeinen Arbeitsvertrags-Gesetzes" von 1925 entstanden. Der darin behandelte neue Typ eines „Arbeitsvertrages" will, losgelöst von dem viel zu weitgehenden Arbeitsvertragsbegriffe Lotmars, die abhängige Arbeit erfassen, das heißt diejenige, „die auf Seiten des Arbeiters durch Unselbständigkeit, Eingliederung in fremden Betrieb"[2]) gekennzeichnet ist.

Dieser Arbeitsvertrag im eigentlichen Sinne des Arbeitsrechtes[3]) wird in Anlehnung an § 611 BGB in § 1 des Entwurfes definiert als der Vertrag, „durch den der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zur Leistung von Arbeit gegen Entgelt angestellt wird". Er ist also ein zweiseitiges Rechtsverhältnis, ein gegen-

[1]) S. a. Kaskel, S. 84 III.
[2]) So Kreller, Archiv 2. Bd., S. 3.
[3]) S. a. Oertmann, S. 11.

seitiger[1]), schuldrechtlicher Vertrag[2]), der sich einmal vom Werkvertrage dadurch unterscheidet, daß nicht ein bestimmter Erfolg (§ 631 BGB), sondern die Arbeitsleistung schlechthin gewollt ist.[3]) Zum andern aber ist er auch nicht mit dem Dienstvertrage des Bürgerlichen Gesetzbuches wesensgleich. Die unterscheidenden Merkmale bestehen in der Abhängigkeit und Unselbständigkeit sowohl der Arbeitsleistung als auch des Arbeitnehmers, Erfordernissen, die beim gewöhnlichen Dienstvertrage nicht vorzuliegen brauchen[4]), sodann darin, daß die Arbeit von Angehörigen des dem Arbeitsrecht unterstellten Berufsstandes der abhängigen, berufsmäßigen Arbeitnehmerschaft zu leisten ist, denen der Schutz dieser Rechtsdisziplin gilt. Daß auch das letztere Moment neben dem ersteren trotz scheinbarer Wesensgleichheit erwähnt werden muß, folgt daraus, daß einmal nicht jeder, der bei Vorliegen der zuerst genannten Voraussetzungen als Arbeitnehmer anzusehen sein würde, nun auch unter allen Umständen dem Arbeitsrechte untersteht. Es sind Ausnahmen denkbar, die beim Fehlen des Momentes der Zugehörigkeit zu dem Berufsstande der abhängigen, berufsmäßigen Arbeitnehmerschaft die Eingruppierung des Arbeitnehmers in eine andere Kategorie erforderlich machen. Gedacht ist hierbei zum Beispiel an den Berufsstand der Angestellten im Gegensatz zu dem der Arbeiter im engeren Sinne, der nicht unbedingt und immer dem Arbeitsrechte untersteht. Zum andern ist aber nach dem zurzeit geltenden Rechte je nach dem verschiedenen Berufsstande ein verschiedenes Arbeitsrecht maßgebend. Grundsätzlich ist deshalb bei der erschöpfenden Darlegung der unterscheidenden Merkmale des Arbeitsvertrages auch das der Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu dem besonderen Berufsstande der abhängigen, berufsmäßigen Arbeitnehmerschaft anzuführen.[5])

Die Betonung der Abhängigkeit der Arbeit für die Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages ist von besonderer und m. E. ausschlaggebender Bedeutung, um nicht zu den großen Streitfragen über die Begriffe des Dienst- und des Werkvertrages eine neue hinzuzufügen. Denn die Unterscheidung zwischen Dienst- und Arbeitsvertrag wird ohne starke Betonung dieses Momentes

---

[1]) So Kreller, Archiv 2. Bd., S. 30.
[2]) S. a. Kaskel, S. 83.
[3]) S. a. Kaskel, S. 84; a. A. Silberschmidt, S. 229 ff.
[4]) S. a. Kaskel, S. 66, 84.
[5]) S. a. Kaskel, S. 67 II.

immer eine sehr schwierige sein. Auch kann dem Werkvertrage nicht von vornherein die Eignung zum Arbeitsvertrage völlig abgesprochen werden.[1]) Die Herausstellung des Merkmals der Abhängigkeit der Arbeitsleistung ist m. E. geeignet, diese Streitfrage gegenstandslos zu machen. Darauf fußt auch der Entwurf von 1925 im Einklang mit der vorherrschenden Lehre.[2]) Es muß allerdings zugegeben werden, daß eine absolut feste Formel für die Begriffe der abhängigen und der unabhängigen Arbeit bisher nicht aufgestellt worden ist und auch wohl nicht aufgestellt werden kann. Jedenfalls aber hat die Unterscheidung eine Anzahl von Anhaltspunkten für ihre Begriffsbestimmung geschaffen, von denen vor allem anzuführen sind: lange Vertragsdauer[3]), nur der Art nach bestimmte Arbeit, ausschließliche oder doch hauptsächliche Leistung für einen Arbeitgeber.[4])

Die wesentlichen Merkmale des Arbeitsvertrages sind demnach: organisatorische Eingliederung in den Betriebsorganismus eines anderen, gesteigerte Leitungsbefugnis auf der einen, erhebliche Unterordnung auf der anderen Seite, endlich fremdbestimmte Arbeit.[5])

Durch den Arbeitsvertrag verpflichtet sich der eine Teil, der Arbeitnehmer, in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit[6]) zur Leistung unselbständiger, d. h. nach den Weisungen des Arbeitgebers vorzunehmender[7]) Arbeit, während der andere Teil, der Arbeitgeber, ein entsprechendes Entgelt verspricht.

Der Vertrag kommt auf Grund freier Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zustande[8]); hierbei müssen natürlich die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) Geltung haben.[9])

---

[1]) S. a. Molitor a. a. O. S. 32; a. A. Kaskel, S. 84.

[2]) So Sinzheimer, S. 4; Oertmann, S. 8; Melsbach, S. 21. Dagegen: Richter, S. 18 ff.; Silberschmidt, S. 18 f.; J.W. 1923, S. 221 ff.

[3]) So Oertmann, S. 12.

[4]) So Staudinger, Vorbem. II 3 zu § 611 BGB, S. 688.

[5]) So Staudinger, Vorbem. II 3 zu § 611 BGB, S. 687; s. a. Kreller; zit. Anm. 2, S. 10.

[6]) So die herrsch. Meinung; s. a. Volkhausen, S. 1. A.A. Melsbach, S. 21, der nur wirtschaftliche Abhängigkeit annimmt.

[7]) S. a. Kaskel, S. 83.

[8]) Anders im Falle besonderer gesetzlicher Bestimmungen, wie z. B. bei dem Gesetze über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 22. Oktober 1920 (s. a. Bekanntmachung vom 12. Januar 1923), wo kraft staatlichen Zwanges ein Arbeitsvertrag zur Entstehung gelangen kann (s. § 7 a. a. O.).

[9]) S. a. Entwurf § 9; Silberschmidt, S. 170 ff.

Doch ist die Gestaltung seines Inhaltes im Laufe der Rechtsentwicklung unter dem Einflusse des Allgemeininteresses und infolge des Eindringens sozialpolitischer Gedanken in weitem Maße dem freien Vertragswillen der einzelnen Beteiligten entzogen worden. Allgemeingültige Tarifverträge, Betriebssatzungen, Arbeitsordnungen und ähnliche Vorschriften bilden von vornherein Bestandteile des Arbeitsvertrages[1]), so daß fast überall die Beteiligten lediglich die Wahl haben, den Vertrag mit dieser Maßgabe im ganzen anzunehmen oder abzulehnen.[2]) Solche zwingenden Bestimmungen sind notwendig, weil bei der abhängigen Arbeit der Arbeitnehmer der wirtschaftlich Schwächere ist und außer seiner Arbeitskraft auch seine Person stellen muß[3]); denn die abhängige Arbeit ergreift auch die Persönlichkeit des Arbeitnehmers selbst in ganz anderem Umfange als der unabhängige Dienstvertrag.[4]) Der Vertragswille der Parteien kommt also, wie Kreller richtig sagt[5]), abgesehen von einzelnen erlaubten Privatvereinbarungen, im wesentlichen in dem grundsätzlich formlos gültigen[6]) Einstellungsvertrage zum Ausdruck.

Die Streitfrage, ob der Arbeitsvertrag personen- oder schuldrechtlichen Charakter hat, ist praktisch unwesentlich. Die Rechtsentwicklung geht auf seine Ausbildung als schuldrechtliches Institut hinaus.[7]) Die aus ihm entspringenden Rechte und Pflichten lassen die Beteiligten gleichzeitig als Gläubiger und als Schuldner erscheinen, nicht als Herrn einerseits und als Diener andererseits.[8]) Auch kann heute der Arbeitsvertrag noch nicht lediglich als ein Organisationsverhältnis[9]) bezeichnet werden, wenngleich unter dem Einfluß des öffentlichen Rechtes, wie oben ausgeführt, der freie Vertragswille der Parteien in Bezug auf die Gestaltung des Inhaltes des Arbeitsvertrages erheblich eingeschränkt ist. Denn immer noch kommt in dem Einstellungsvertrage, der beiderseits die Rechte und Pflichten zur Entstehung bringt, der schuldrechtliche Charakter zum Vorschein.

---

[1]) S. a. Enneccerus, S. 429/30; Jacobi, S. 67, 3, S. 71 b.

[2]) S. a. Kreller, Archiv 2. Bd., S. 18.

[3]) S. a. Silberschmidt, S. 166.

[4]) S. a. Staudinger, Vorbem. II 6 zu § 611 BGB, S. 689; ferner Sinzheimer in J.W. 1930, S. 3078: „Der Mensch im Arbeitsrecht".

[5]) Archiv 2. Bd., S. 20.

[6]) S. a. Kaskel, S. 108.

[7]) S. a. Kaskel, S. 87 VI.

[8]) S. a. Kaskel, S. 87; Volkhausen, S. 1.

[9]) So Potthoff, zit. bei Kaskel, S. 87, Anm. 1.

II.

Begriff des Arbeitnehmers.

1. Im Allgemeinen.

Der Begriff des Arbeitnehmers ist umstritten. Die allgemeine Definition, daß Arbeitnehmer jeder sei, der auf Grund eines Arbeitsvertrages einem anderen Arbeit zu leisten unternimmt, ist zu unbestimmt und weitgehend, weil unter diese Begriffsbestimmung fast jede Arbeitsleistung in weitestem Sinne gebracht werden könnte, also eine Unterscheidung vom Werkvertrage, dem Auftrage, dem selbständigen Dienstvertrage und ähnlichen Rechtsinstituten noch mehr als bisher erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht würde. Die Tatsache allein, daß die Arbeit auf Grund eines Arbeitsvertrages geleistet wird, stempelt den Dienstpflichtigen noch nicht zum Arbeitnehmer im engeren Sinne des Arbeitsrechtes. Kaskel[1]) führt eine Reihe von Merkmalen an, die der Begriff des Arbeitnehmers erfordert, und bezeichnet demnach als Arbeitnehmer denjenigen, der „auf Grund eines Vertrages unselbständig und für Rechnung eines anderen berufsmäßig Lohnarbeit verrichtet". Meiner Ansicht nach muß eine gesetzliche Festlegung des Begriffes „Arbeitnehmer" als unzweckmäßig abgelehnt werden. Das wesentliche Merkmal ist auch hier wie beim Arbeitsvertrage selbst der Charakter der Arbeit als unselbständige, abhängige, den Weisungen des Arbeitgebers unterworfene Leistung.[2]) Dieser Charakter ist nach der oben[3]) gegebenen Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages und den im folgenden noch darzulegenden Pflichten des Arbeitnehmers bei tatsächlicher und rechtlicher Würdigung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung im Einzelfalle festzustellen. Eine gesetzliche Festlegung des Begriffes ist demnach, wenn nicht sogar überflüssig, so doch zum mindesten einer freien Beurteilung und Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles durch den zur Entscheidung über diese Frage Berufenen hinderlich.

---

[1]) S. 66.

[2]) S. a. Held-Lieb-Gift, Anm. 3 zu § 5, S. 74/75; Hoeniger-Wehrle, S. XXI; Reichsarbeitsgericht in Z.f.H.R., 4. Jahrg., Nr. 3, S. 167, Nr. 702.

[3]) S. 10 ff.

Dennoch ist eine Äußerung des Gesetzgebers da vonnöten, wo Zweifel an der Zugehörigkeit bestimmter Personen- oder Berufsgruppen zu diesem Begriffe entstehen können und entstanden sind. Das heutige Arbeitsrecht umfaßt nämlich nicht allein den Arbeiter im engeren Sinne unseres Sprachgebrauches, sondern geht erheblich über diesen Rahmen hinaus in dem Bestreben, für alle Arbeitnehmer im Rechtssinne ein einheitliches Recht zu schaffen.[1])

Dabei ist zunächst vorauszuschicken, daß der Beamte von dem Begriffe des Arbeitnehmers auszuschließen ist. Sein Verhältnis zum Staat oder der ihn anstellenden Behörde ist öffentlich-rechtlicher Natur und widerspricht begrifflich einer Unterstellung unter das Arbeitsrecht.[2])

Ebenso müssen Familienangehörige bezüglich der Dienste im Haushalte ausscheiden, die nicht als die Erfüllung einer schuldrechtlichen Verpflichtung anzusehen sind, sondern auf familienrechtlichen Bestimmungen beruhen (§§ 1356, 1617 BGB).

Das gleiche muß für solche Arbeit gelten, die auf Grund einer „Zuchtgewalt über Unfreie" (z. B. Fürsorgezöglinge, Gefangene) geleistet wird.[3])

Als die beiden bedeutendsten Gruppen, die unter dieses moderne Arbeitsrecht fallen, treten die der Arbeiter und die der Angestellten in Erscheinung; die in § 2 des Entwurfes weiter angeführte Gruppe der Lehrlinge bedarf gesonderter Erörterung. Während aber die erstere Gruppe, nämlich die der Arbeiter im engeren Sinne, unbedingt dem genannten Rechtsbegriffe unterliegen, erwachsen bezüglich der Angestellten in mancher Beziehung Zweifel.

2. Begriff des Angestellten.

Eine Begriffsbestimmung des Angestellten fehlt wiederum in unserem Rechte. Anhaltspunkte bilden § 12 des Betriebsrätegesetzes, der auf § 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes verweist, und bei vergleichender Heranziehung das österreichische Angestell-

---

[1]) S. a. Kaskel, S. 68 A.

[2]) S. a. Held-Lieb-Gift, Anm. 11 zu § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes, S. 81; Melsbach, S. 21; ferner § 10 des Betriebsrätegesetzes. S. a. D.J.Z. 1930, S. 707.

[3]) S. a. Kaskel, S. 66 B; Richter, S. 13.

tengesetz vom 11. Mai 1921. Das den Angestellten vom Arbeiter im engeren Sinne unterscheidende Merkmal ist darin zu erblicken, daß er im Gegensatz zu diesem, der durchweg körperliche Arbeit leistet, eine vorwiegend intellektuelle oder eine leitende oder beaufsichtigende Tätigkeit [1]) ausübt.[2])

Bei den Angestellten sind weiter je nach der besonderen Art ihrer Tätigkeit die kaufmännischen, technischen und Büro-Angestellten zu unterscheiden; insoweit gilt auch für jede Art ein Sonderrecht.[3]) Ihrer gemeinsamen Unterstellung unter das Arbeitsvertragsrecht steht nichts im Wege; sie ist geeignet, die durch die besonderen Rechtssätze bestehende Zersplitterung, die bei der heutigen Angleichung der tatsächlichen Verhältnisse durch nichts mehr begründet erscheint [4]), zu beseitigen, zumal auf verschiedenen Gebieten eine einheitliche Regelung bereits erfolgt ist.[5])

3. Begriff des leitenden Angestellten im besonderen.

Aus der großen Gruppe der Angestellten hebt sich die kleinere der sogenannten leitenden Angestellten heraus. Sind auch diese als Arbeitnehmer im Sinne unseres Arbeitsvertragsrechtes anzusehen? Mit Melsbach [6]) wird man das Wesen des leitenden Angestellten „in der Ausübung einer für die Verfolgung der Zwecke des Betriebes entscheidenden Tätigkeit auf Grund seiner besonderen Befähigung oder Vorbildung oder aus sonstigen Gründen" erblicken müssen. Es handelt sich also um Personen, die, zwar selbst Angestellte, anderen Angestellten übergeordnet, mit gewissen Arbeitgeberfunktionen, wie der Befugnis zur Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern u. ä., ausgestattet sind und eine übergeordnete, leitende, ihrer besonderen Vorbildung entsprechende Tätigkeit ausüben.

Wie weit sie dem allgemeinen Arbeitsvertrage zu unterstellen sind, richtet sich danach, ob ein Abhängigkeits- oder Unter-

---

[1]) Melsbach, S. 22: „Kopfarbeit".

[2]) S. a. Kaskel, S. 68 B.

[3]) Z. B. §§ 59 ff. HGB; §§ 105 ff. Gewerbeordnung; §§ 611 ff. BGB, da für Büroangestellte nach jetzigem Rechte die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag gelten.

[4]) S. a. Melsbach, S. 70.

[5]) So im Arbeitsgerichtsgesetz; ferner bezgl. des Arbeitszeitschutzes; u. a. m.

[6]) S. 73 a. a. O.

ordnungsverhältnis gegeben ist. Die Organe juristischer Personen, wie Vorstandsmitglieder, müssen also ausscheiden, da bei diesen ein solches fehlt.[1]) Dafür spricht auch die gesonderte Anführung in § 22 des Arbeitsgerichtsgesetzes bei der Regelung der Bestellung von Arbeitsgerichtsbeisitzern, wo zwischen den gesetzlichen Vertretern und Aufsichtsratsmitgliedern von juristischen Personen und Personengesamtheiten des privaten Rechts (Abs. II, Ziffer 1) einerseits und den Geschäftsführern und Betriebsleitern (Abs. III, Ziffer 1) andererseits unterschieden wird; eine genaue Abgrenzung ist schwierig und kann nur durch die Praxis gefunden werden. Eine gesetzliche Begriffsfestlegung würde auch hier nur von Nachteil sein, weil sie eine freie Fortentwicklung des Begriffes hemmen würde. Jedenfalls ist der Rahmen wegen der breiten Grundlage des allgemeinen Arbeitsvertrages weiter zu ziehen als beispielsweise im Betriebsrätegesetz (§ 12, Abs. II), das von ganz anderen Gesichtspunkten ausgeht.

4. Begriff des Heimarbeiters.

Unter den Begriff des Arbeitnehmers bringt der Entwurf (§ 4, Ziffer 2) in Übereinstimmung mit der gesamten Literatur und der Gesetzgebung[2]) endlich noch die sogenannten Heimarbeiter[3]), auch Heimwerker, Hausarbeiter, Hausgewerbetreibende genannt, und sonstige arbeitnehmerähnliche Personen. Es handelt sich hierbei regelmäßig um solche Personen, die für den Bedarf ihres Abnehmers (Verlegers, Auftraggebers) Waren anfertigen, da ihnen selbst die Absatzmöglichkeit fehlt. Durch den Vertrag mit ihren Abnehmern werden sie nicht zu einer bestimmten Arbeitsleistung hinsichtlich Menge und Zeit verpflichtet, sind also rechtlich selbständig, wirtschaftlich jedoch von jenen abhängig, da sie auf diese Art des Erwerbes angewiesen sind.[4]) Sie nehmen daher, wie Kaskel[5]) sagt, eine Zwischenstufe zwischen „den unselbständig und für fremde Rechnung tätigen Arbeitern und den

---

[1]) S. a. Kaskel, S. 69 C 1; Hoeniger-Wehrle, S. XXXVII, 8.

[2]) Vgl. § 5 Arbeitsgerichtsgesetz; § 162 Reichsversicherungsordnung; §§ 3 und 11 Abs. II Betriebsrätegesetz; § 119 b Gewerbeordnung; u. a. m.

[3]) So Kaskel, S. 71, Anm. 4.

[4]) S. a. Kaskel, S. 71; Melsbach, S. 86; Held-Lieb-Gift, Anm. 8 zu § 5, S. 79; Erdel in Z.f.H.R., 3. Jahrg., Nr. 3, S. 91.

[5]) A. a. O. S. 71.

selbständig und für eigene Rechnung tätigen Unternehmern" ein.[1])

In Grenzfällen ist nach der Verkehrsanschauung zu entscheiden. Doch ist, namentlich bei den arbeitnehmerähnlichen Personen, zur Vermeidung einer zu weiten Ausdehnung des Begriffes eine strenge und vorsichtige Prüfung erforderlich.[2])

III.

Die Pflichten des Arbeitnehmers.

1. Im Allgemeinen.

Nach § 611 BGB wird durch den Dienstvertrag derjenige, welcher Dienste zugesagt hat, zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet. Wenn man diese Grundbestimmung, in der sich die gesetzliche Regelung der Pflichten des Dienstpflichtigen aus dem Dienstvertrage des Bürgerlichen Gesetzbuches im wesentlichen erschöpft, auch für den Arbeitsvertrag zu Grunde legen kann, so ist für diesen doch eine genauere und umfassendere gesetzliche Umgrenzung erforderlich. Die Bedenken, daß eine solche Formulierung ein starres System schaffen könnte, sind, soweit die Grundregeln in Betracht kommen, nicht begründet, müssen auch hinter einem stärkeren Grunde zurücktreten. Denn die in den Arbeitsvertrag hineingetragenen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen und sozialen Gesichtspunkte lassen eine größere Klarheit gegenüber jenem rein privatrechtlichen Rechtsinstitute notwendig erscheinen. Aus dieser Erkenntnis heraus ist auch im Entwurfe den Pflichten des Arbeitnehmers ein besonderer Abschnitt gewidmet.

Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers ergibt sich, wie auch beim Dienstvertrage, aus der Natur des Vertrages ohne weiteres: es ist in erster Linie die versprochene Arbeit zu leisten. Aus dieser Hauptpflicht folgen als die wesentlichsten Nebenpflichten die Gehorsams- und die Treuepflicht, die aber wegen ihrer Bedeutung im Arbeitsvertrage einer besonderen Darstellung bedürfen.[3]) Jeder dieser drei Pflichtenkreise, die im einzelnen unten zu erörtern sind, schließt noch eine Anzahl aus der Natur der Sache

[1]) S. hierzu auch die Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts in J.W. 1930, S. 50.
[2]) S. a. Melsbach, S. 25.
[3]) S. a. Silberschmidt, S. 225.

folgende sekundäre Nebenpflichten in sich, die schon aus rein praktischen Erwägungen nicht in das Gesetz aufgenommen werden können. Vor allem aber muß zur Vermeidung eines Schemas in dieser von starkem Leben durchpulsten und im Fluß der Entwicklung befindlichen Materie im Einzelfalle dem Richter die Entscheidung zwecks verständiger, den Umständen angepaßter Gesetzesauslegung überlassen werden, zumal solche sekundären Nebenpflichten auch durchweg auf einen der drei erwähnten Pflichtenkreise zurückzuführen und also sinngemäß deren Regelung unterzuordnen sind.

2. Die Arbeitsleistung.

Die Arbeitsleistung als die Hauptpflicht des Arbeitnehmers bedarf eingehender Betrachtung. Sie wird durch den Inhalt des Vertrages, auf Grund dessen sie erfolgt, bestimmt. Dabei ist vorauszuschicken, daß die Leistung gesetz- oder sittenwidriger Arbeit überhaupt nicht rechtswirksam vereinbart und verlangt werden kann.[1]) Soweit der Inhalt des Vertrages nur allgemein gehalten ist, müssen ergänzend die etwa bestehenden Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge und schließlich der allgemeingültige Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 157, 242 BGB) herangezogen werden.[2]) Eine sichere Grenze, die die Art und den Umfang der Arbeitsleistung bestimmt, läßt sich freilich nicht immer leicht ziehen. Bei einer Beschäftigung im Haushalte oder in der Landwirtschaft wird man weiter gehen können und müssen als bei einer solchen in der Fabrik, in der der Arbeitnehmer zur Erfüllung bestimmter Arbeitsaufgaben, z. B. als Heizer, Dreher u. ä., angestellt ist.[3])

Es erhebt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer in gewissen außerordentlichen Bedarfsfällen auf Verlangen des Arbeitgebers auch verpflichtet ist, eine andere als die zunächst übernommene und vereinbarte Arbeit zu leisten, also zum Beispiel bei mangelnder Beschäftigung in dem Arbeitszweige, im Notfalle oder endlich im Falle eines Streikes.

---

[1]) S. a. Lotmar, 1. Bd., S. 110 ff.; Silberschmidt, S. 237.
[2]) S. a. Molitor a. a. O., S. 117/18; Oertmann, S. 115; Silberschmidt, S. 235.
[3]) S. a. Hueck in „Der Arbeitsvertrag und der Entwurf . . .“, S. 64.

Wenn man zunächst von dem letzteren, der eine Sonderstellung einnimmt, absieht, so hat in jenen Fällen der Entwurf im § 20 diese Frage für den Fall dringenden Bedarfs in bejahendem Sinne beantwortet, sofern die verlangte Arbeit dem Arbeitnehmer billigerweise zugemutet werden 'kann.[1]) Damit wird zum ersten Male für ein großes Rechtsgebiet eine gesetzliche Regelung ausgesprochen, die bisher nur in einigen kleinen Nebengesetzen enthalten war.[2]) Dieser Gesetzesvorschlag verdient m. E. besondere Beachtung, weil er, ein Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben[3]), den Interessen sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers dient. Denn für den letzteren würde die Weigerung zur Übernahme solcher Arbeit regelmäßig eine Kündigung zur Folge haben, ein, vom sozialen Gesichtspunkte aus betrachtet, keinesfalls wünschenswertes Ergebnis. Für den Arbeitgeber aber wird zugleich ein Zustand größerer wirtschaftlicher Sicherheit für den Notfall geschaffen, zum Besten wiederum der Allgemeinheit. Diese Auffassung hat auch schon in die heutige arbeitsgerichtliche Rechtsprechung Eingang gefunden, wobei vor allem auf die enge Verbundenheit des Arbeitnehmers mit dem Betriebe durch sein Mitbestimmungsrecht in manchen Fällen hingewiesen wird.[4])

Wie weit im übrigen solche Arbeit zugemutet werden kann, ist ebenfalls nach Billigkeitsgrundsätzen zu entscheiden. Dabei sind vor allem die Fähigkeiten und die gesellschaftliche Stellung des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Es ist demnach, wie auch Kaskel[5]) richtig annimmt, ganz allgemein festzustellen, daß „in Notfällen und vertretungsweise“ eine Beschäftigung, „die einigermaßen in körperlicher, geistiger und gesellschaftlicher Beziehung der eigentlichen Tätigkeit entspricht“, vom Arbeitnehmer nicht abgelehnt werden kann. Eine Weigerung würde also die Pflicht zur Arbeitsleistung verletzen und die weiter unten[6]) erörterten Rechtsfolgen zeitigen.

---

[1]) S. a. Silberschmidt, S. 236.

[2]) So die preußische Gesindeordnung, § 60; s. a. Oertmann, S. 117.

[3]) So Hueck-Nipperdey, S. 134.

[4]) S. a. Oppermann in J.W. 1930, S. 458, zu der unter Nr. 42 abgedruckten Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts; s. a. Degg in J.W. 1930, S. 396, und J.W. 1930, S. 431, Nr. 8.

[5]) A. a. O. S. 111 IV.

[6]) S. 31 ff.

Die Streikarbeit ist demgegenüber als ein Sonderfall anzusehen, weil hierbei der Solidaritätsgedanke des Arbeitnehmers zu berücksichtigen ist, auf Grund dessen dieser eine solche Streikbrecherarbeit als gegen die guten Sitten verstoßend empfindet.[1]) Diesem Gesichtspunkte hat auch der Entwurf im § 21 Rechnung getragen, indem beim Arbeitskampfe die Leistung anderer als vertraglich übernommener Arbeit nur unter der Voraussetzung der Abwendung unmittelbarer Gefahr für den Betrieb oder die Allgemeinheit als zumutbar angesehen wird. Diese Interessen müssen also im gegebenen Falle gegenüber dem Solidaritätsgedanken überwiegen.[2]) Es darf freilich nicht übersehen werden, daß eine Weigerung nur bezüglich anderer als der vertraglich übernommenen Arbeit in Frage kommen kann. Innerhalb des ihm nach dem Arbeitsvertrage angewiesenen Tätigkeitsgebietes hat der Arbeitnehmer weder Grund noch Recht zur Arbeitsverweigerung, weil diese Arbeit sich im Rahmen seines Vertrages bewegt.[3]) Das käme höchstens wiederum für den Fall einer Mehrarbeit in Betracht, für die gleichfalls die vorstehenden Gesichtspunkte sowie der allgemeine Billigkeitsgrundsatz maßgebend sein würden. Allerdings kann eine solche Beschäftigung keinesfalls ohne Zustimmung des Arbeitnehmers zu einem Dauerzustand ausgedehnt werden, da sie sowohl ihrem Ursprunge als auch ihrem Zwecke nach nur vorübergehend sein soll.

Was hinsichtlich der Art der Arbeitsleistung gilt, muß sinngemäß auch auf ihren Umfang Anwendung finden. Grundsätzlich ist also auch hier der Arbeitsvertrag maßgebend. Dieser oder die zugleich seinen Inhalt bildenden abdingbaren oder unabdingbaren Allgemeinbestimmungen wie Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen u. ä. setzen regelmäßig die Dauer der Arbeitszeit, Pausen, Urlaub, Leistung von Überstunden und anderes fest. Soweit eine solche Regelung jedoch fehlt, ist nach § 18 des Entwurfes „angemessene" Arbeit zu leisten, mit anderen Worten: es ist auch hier wiederum der Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte richtunggebend.[4]) Daher könnte § 18 des Entwurfes, der nur geltendes Recht noch einmal besonders

---

[1]) S. a. Silberschmidt, S. 237.
[2]) S. a. Oertmann, S. 119.
[3]) S. a. Hueck in „Der Arbeitsvertrag . . . .", S. 65.
[4]) S. a. Bail, S. 107.

betont, ohne Schaden wegfallen.[1]) Im übrigen ist bereits gesagt, daß zahlreiche öffentlich-rechtliche Bestimmungen die freie Vereinbarung der Parteien beschränken. Solche Vorschriften enthalten die Gewerbeordnung, Landarbeitsordnung, Seemannsordnung, das preußische Berggesetz von 1865 u. a. Besonders sind aber hierbei die verschiedenen Gesetze und Verordnungen über Arbeitszeitschutz sowie Frauen- und Jugendschutz zu erwähnen, deren Entstehung zeitlich durchweg mit der Entstehung des modernen Arbeitsrechts zusammenfällt, die aber gerade heute eine besondere Rolle spielen. Wie weit im einzelnen derartige Bestimmungen die freie Parteivereinbarung beschränken, geht über den Rahmen dieser Abhandlung hinaus. Der Hinweis auf sie mag deshalb genügen.

Der Grundsatz des § 613 Satz 1 BGB, daß der Arbeitnehmer im Zweifel die versprochene Arbeit in eigener Person zu leisten habe, muß um so mehr beim Arbeitsvertrage gelten, als der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag in enge Rechtsbeziehungen, vor allem in ein gewisses Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber tritt, dem es in erster Linie auch auf die Person des Arbeitnehmers ankommt. Daraus ergibt sich zunächst einmal, daß grundsätzlich das Arbeitsverhältnis mit dem Tode des Arbeitnehmers erlischt, nicht also auf dessen Erben übergeht.[2]) Weiter folgt daraus, daß der Arbeitnehmer grundsätzlich weder einen Ersatzmann stellen darf — das würde dem Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer widersprechen — noch aber auch bei eigener Behinderung zu stellen b r a u c h t.[3]) Jedenfalls ist eine Stellvertretung unbedingt ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer „in Person zu leisten hat" (§ 267 BGB).

In den Fällen aber, in denen sich die Zulässigkeit einer Vertretung, insbesondere auch der Zuziehung von Hilfskräften, aus dem Vertrage selbst oder aus der Natur des Rechtsverhältnisses, z. B. beim Gruppenakkord, Heimarbeit u. a., ergibt, erhebt sich die Frage, wie weit und in welchen Fällen der Vertretene für ein Verschulden seines Vertreters einzustehen hat.

---

[1]) S. a. Molitor a. a. O. S. 118, der ihn jedoch aus erzieherischen Gründen für wertvoll hält.

[2]) S. a. Staudinger, Anm. II 2 zu § 613 BGB, S. 812.

[3]) S. a. Bail, S. 108.

Abweichend von der Auffassung Kaskels[1]), der hier grundsätzlich eine Haftung des Arbeitnehmers aus § 278 BGB annimmt, ist diese Frage m. E. verschieden je nach der Art des Verhältnisses zu beantworten, in das der Vertreter oder Gehilfe des Arbeitnehmers als des Hauptverpflichteten zu dem Arbeitgeber tritt. Einmal ist nämlich denkbar, daß der Arbeitnehmer den Gehilfen im eigenen Namen einstellt, und zwar derart, daß ihm allein der Anspruch auf die Arbeitsleistung und auch die Leitungsbefugnis zusteht. In diesem Falle bestehen zwischen dem Arbeitgeber und dem Gehilfen bezw. Vertreter des Arbeitnehmers keinerlei Beziehungen, so daß der Arbeitnehmer gemäß § 278 BGB für ein Verschulden des Gehilfen unbeschränkt haftet.

Es ist ferner möglich, daß der Arbeitnehmer den Gehilfen zwar im eigenen Namen einstellt und ihm gegenüber auch den Anspruch auf die Arbeitsleistung behält, daß dagegen der Gehilfe nach seinem Vertrage mit dem Arbeitnehmer verpflichtet ist, den Weisungen des Arbeitgebers Folge zu leisten.[2]) In diesem Falle hat der Arbeitnehmer mit der Arbeitsleistung des Gehilfen nichts weiter zu tun; die einzelnen Arbeitsleistungen des Gehilfen liegen außerhalb des Pflichtenkreises des Arbeitnehmers.[3]) Demnach entfällt auch die Haftung für dessen Verschulden nach § 278 BGB.[4])

Endlich ist eine Einstellung des Gehilfen durch den Arbeitnehmer im Namen des Arbeitgebers möglich. Nunmehr kommt ein Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Gehilfen zustande, bei dem für eine Haftung des Arbeitnehmers kein Platz ist, es sei denn, daß ihm bei der Auswahl des Gehilfen, bei der Erteilung von Anweisungen an ihn oder bei seiner Beaufsichtigung ein Verschulden zur Last fiele.

Aber selbst dann, wenn der eigentliche Arbeitnehmer in allem die Stellung des Arbeitgebers gegenüber seinem Gehilfen

---

[1]) A. a. O. S. 110, § 28 I und Fußnote 3 daselbst.

[2]) Dazu wird allerdings das Einverständnis des Arbeitgebers nötig sein.

[3]) Es liegt dann zumeist ein Dienstverschaffungsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor, auf Grund dessen der letztere lediglich nach den allgemeinen Bestimmungen aus *diesem* Vertrage, nicht aber aus seinem Arbeitsvertrage haftet.

[4]) S. a. Staudinger, Anm. II 5 zu § 613, S. 813.

einnimmt, entstehen unter dem Einfluß der Sozialbestimmungen gewisse Beziehungen zwischen dem Gehilfen und dem Arbeitgeber. Staudinger[1]) spricht von einem mittelbaren Arbeitsverhältnis, so daß Zuwiderhandlungen gegen die Arbeitsschutzbestimmungen eine Haftung des Arbeitgebers aus §§ 823 ff. BGB, insbesondere § 823 Abs. II, erzeugen.

Die Arbeit ist dem Vertragsgegner, dem Arbeitgeber, zu leisten, dessen Anspruch hierauf schon nach § 613 Satz 2 BGB „im Zweifel" nicht übertragbar ist. Der Schutz des Arbeitnehmers gegen eine willkürliche Behandlung durch den Arbeitgeber verlangt die grundsätzliche Bestimmung, daß gegen seinen Willen der Anspruch auf seine Dienste nicht auf einen anderen übertragen werden kann. Doch handelt es sich hier, wie schon aus der Fassung des Gesetzes („im Zweifel") hervorgeht, um eine dispositive Bestimmung, die also durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung anderweitig geregelt werden kann.[2]) Mit Zustimmung des Arbeitnehmers ist demnach die Übertragung der Rechte und Pflichten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrage auf einen anderen Arbeitgeber möglich. Eine stillschweigende Zustimmung des Arbeitnehmers hierzu ist regelmäßig anzunehmen, wenn er widerspruchslos die Arbeit unter dem neuen Arbeitgeber fortsetzt. Es kommt alsdann kein neuer Arbeitsvertrag zustande, vielmehr geht das Arbeitsverhältnis in diesem Falle als Ganzes auf den neuen Arbeitgeber über.[3]) Endlich ist eine von vornherein stillschweigend erteilte Zustimmung des Arbeitnehmers zur Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrage anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer für einen bestimmten Betrieb eingestellt ist und dieser nun verpachtet oder veräußert wird.[4]) Denn in diesem Falle, und zwar vor allem bei Großbetrieben, wird es dem Arbeitnehmer regelmäßig gleichgültig sein, wer sein Arbeitgeber ist. Das würde allerdings dann nicht gelten, wenn etwa wegen der besonderen Eigenart des Vertragsverhältnisses eine stärkere Bin-

---

[1]) Anm. II 3 zu § 613, S. 812.

[2]) S. a. Staudinger, Anm. III 2 zu § 613, S. 814.

[3]) S. a. Staudinger, Anm. III 4 zu § 613, S. 815.

[4]) S. a. Staudinger, Anm. III 3 zu § 613, S. 814; Staub, Anm. 27 zu § 70, S. 454.

dung an die Person des Arbeitgebers gegeben wäre[1]), so daß dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter dem neuen Arbeitgeber nicht zuzumuten sein würde.[2])

Die gleichen Grundsätze gelten für den Fall des Überganges des Vermögens des Arbeitgebers als ganzen, z. B. bei der Fusion von zwei Aktiengesellschaften (§ 306 HGB).

Über die Vererblichkeit der Ansprüche des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrage hat das Gesetz keine Auslegungsregel gegeben, da in § 613 Satz 2 BGB nur gesagt ist, daß der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar ist. Die Beantwortung der Frage hängt demnach von den Umständen des Einzelfalles ab und ist lediglich Tatfrage.[3])

Jedenfalls muß bei der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitgebers der Arbeitnehmer aus Gründen der Billigkeit für verpflichtet gehalten werden, die übernommenen Arbeiten, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist, weiter zu leisten, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann.[4])

3. Die Gehorsamspflicht.

Neben die Pflicht zur Arbeitsleistung tritt die Gehorsamspflicht. Auch diese entspringt dem Arbeitsvertrage unmittelbar und dient dessen Durchführung. Weiter aber kommt in ihr die Abhängigkeit der Arbeitsleistung äußerlich am stärksten zur Geltung; sie läßt zugleich den Unterschied zwischen dem Arbeitsvertrage und dem gewöhnlichen Dienstvertrage des bürgerlichen Rechtes erkennen. Denn bei dem letzteren muß der Dienstverpflichtete zwar auch die übernommenen Dienste leisten, jedoch grundsätzlich oder doch wenigstens vorwiegend hinsichtlich der einzelnen Obliegenheiten nach eigenem Ermessen. Bei jenem dagegen, bei dem die Eingliederung in den fremden Betrieb als dienendes Glied das besondere Merkmal ist, hat der Arbeitnehmer ausschließlich den Anweisungen des Arbeitgebers oder der von ihm bestellten Betriebsorgane Folge zu leisten, wobei freilich die

---

[1]) Z. B. bei der Stellung eines Privatsekretärs, Krankenpflegers; auch beim Wechsel in der politischen Richtung einer Zeitung, s. hierzu O.L.G. 20, S. 157.

[2]) So in entsprechender Anwendung des § 399 BGB.

[3]) S. a. Staudinger, Anm. III 1, S. 813, und III 3, S. 814, zu § 613. Ferner Kaskel, S. 111, II.

[4]) S. a. der Entwurf, § 28, in Anlehnung an § 672 BGB und § 137 HGB.

auf Rechtsvorschrift beruhenden Befugnisse des Arbeitnehmers zur Mitwirkung bei der Regelung der Betriebs- und Arbeitsverhältnisse unberührt bleiben.[1])

Diese Gehorsamspflicht ist allerdings keine unbeschränkte. Sie gilt naturgemäß nur für die dem Inhalte des Vertrages entsprechende Arbeitsleistung. Auch hier noch ergeben sich aus der Rücksicht auf Recht und Sitte sowie das Empfinden des Arbeitnehmers gewisse Beschränkungen. Eine unsittliche, strafbare, gesundheitsschädliche[2]), dem Gesetz oder auch der Arbeitsordnung, endlich auch dem religiösen Empfinden widersprechende Anordnung[3]) braucht der Arbeitnehmer nicht zu befolgen. Das ergibt sich zum größten Teil schon aus den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes (§§ 134, 138, 242 BGB).

Die Anwendung dieser Grundsätze ist besonders bei der mehrfach erörterten Frage akut geworden, ob der Arbeitnehmer sich einer Torkontrolle und Leibesuntersuchung unterziehen muß. Mit Staudinger[4]) wird man eine solche Pflicht, wenn sie nicht durch Tarif- oder Arbeitsvertrag besonders ausgemacht ist, grundsätzlich als zu weitgehend verneinen müssen. Regelmäßig werden auch die allgemeingültigen Schutzbestimmungen der §§ 227, 229, 859 BGB, ferner auch des § 127 Strafprozeßordnung, geeignet sein, den Interessen des Arbeitgebers zu genügen. Eine andere Auffassung vertritt allerdings Fuchs[5]), der unter Hinweis auf die Rechtsprechung grundsätzlich eine Pflicht des Arbeitnehmers, sich der Torkontrolle und der Leibesuntersuchung zu unterziehen, als unentbehrlich für den Arbeitgeber bejaht. Er ist der Ansicht, daß diese Pflicht von solcher Wichtigkeit sei, daß ihr Ausschluß im Vertrage besonders zum Ausdruck gebracht werden müßte. Wo das aber nicht geschehen oder überhaupt nichts darüber gesagt sei, müsse grundsätzlich unter Berücksichtigung des § 157 BGB davon ausgegangen werden, daß eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Unterwerfung unter die Torkontrolle und Leibesuntersuchung gegeben sei.

Jedenfalls hat, welchen Standpunkt man zu dieser Frage auch einnehmen will, die Torkontrolle und Leibesuntersuchung

---

1) S. a. Silberschmidt, S. 245.

2) Z. B. auch bei Nichtbestellung der vorgeschriebenen Schutzeinrichtungen.

3) S. a. Kaskel, S. 111.

4) Anm. VI 5 zu § 611 BGB, S. 779.

5) J.W. 1925, S. 1870; 1930, S. 3120, Anm. zu Nr. 12.

nach § 242 BGB in zweckmäßiger und auf das Empfinden des Arbeitnehmers Rücksicht nehmender Weise, insbesondere also durch Betrauung geeigneter Personen mit dieser Aufgabe und unter Vermeidung jeglicher Schikane, zu erfolgen.

Außerhalb des Gebietes seiner Arbeitsleistung besteht grundsätzlich keine Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers; doch kann ihm unter besonderen Umständen auch hier eine solche obliegen. So hat er bei Aufnahme in die Häuslichkeit des Arbeitgebers auf die in dieser geltende Ordnung Rücksicht zu nehmen. Das ergibt sich schon aus der Natur der Sache selbst, nicht allein unmittelbar aus dem Vertrage.[1]) Vor allem aber hat er auch außerhalb des Dienstes insoweit die Anweisungen seines Arbeitgebers zu beachten, als diese bei der Eigenart des Betriebes, z. B. bei einer parteipolitischen Zeitung, einem Sittlichkeitsverein, einer christlichen Buchhandlung, zur Abwendung von Schäden erforderlich erscheinen.[2])

Endlich gebietet die Gehorsamspflicht dem Arbeitnehmer überhaupt ein achtungsvolles Verhalten gegenüber seinem Arbeitgeber.

4. Die Treuepflicht.

Die am 12. November 1918 durch den Aufruf der Volksbeauftragten (Ziffer 8) u. a. auch aufgehobene preußische Gesindeordnung vom 8. November 1810 legte in ihrem § 70 dem Gesinde die Pflicht auf, „auch außer seinen Diensten“ „der Herrschaft Bestes zu befördern, Schaden und Nachtheil aber, soweit an ihm ist, abzuwenden“. Diese Umschreibung enthält den Begriff der Treuepflicht, der sich im ganzen auch auf das Verhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber im Arbeitsvertrage übertragen läßt. Eine genaue gesetzliche Regelung ist nicht leicht, da die besonderen Umstände des einzelnen Falles durchweg eine besondere Regelung erheischen, für die dem Richter auch hier wieder ein freies Ermessen gelassen werden muß.

Die Treuepflicht folgt in gleicher Weise wie die mit ihr eng verbundene Gehorsamspflicht unmittelbar aus dem Arbeitsvertrage, doch geht sie in ihrem Umfange über diese hinaus, da ihr auch nach Beendigung des Arbeitsvertrages noch Bedeutung

---

[1]) So richtig Molitor a. a. O. S. 126.
[2]) S. a. Kaskel, S. 111; Oertmann, S. 187.

zukommen kann und wohl regelmäßig zukommt, während die Gehorsamspflicht mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses erlischt. Die Treuepflicht wird, wie Molitor[1]) richtig sagt, vielfach erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ihre Hauptbedeutung zeigen. Im wesentlichen besteht sie heute bei der schuldrechtlichen Struktur des Arbeitsvertrages in der Pflicht zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers. Daraus ergibt sich einmal, daß der Arbeitnehmer fremde Interessen auf Kosten des Arbeitgebers nicht fördern darf, zum andern, daß er auch persönliche Interessen unter Umständen zurückstellen muß.[2]) Die Verkörperung dieser Pflicht tritt am stärksten in dem Konkurrenzverbot und in der Schweigepflicht in Erscheinung.

Das Konkurrenz- oder Wettbewerbsverbot[3]), für die Handlungsgehilfen bereits in den §§ 60, 61 HGB geregelt, bedarf einer allgemeinen Ausdehnung auf den Arbeitsvertrag. Seine Notwendigkeit ergibt sich hier aus der Natur des Rechtsverhältnisses, nämlich der engeren Bindung der Vertragsparteien durch die Abhängigkeit der Arbeitsleistung und die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers, wodurch der Arbeitnehmer mit dem Geschäft des Arbeitgebers in vielen Einzelheiten und Besonderheiten seines Wesens bekannt wird. Das Konkurrenzverbot soll, fußend auf dem Vertrauensverhältnis der Parteien, dem Schutze des Arbeitgebers vor einer Ausnutzung der in seinem Betriebe gewonnenen Erfahrungen gegen ihn durch den Arbeitnehmer dienen.

Eng damit verknüpft ist das Schweigegebot. Dieses bezweckt auf gleicher Grundlage die Verhinderung von Schäden durch Bekanntgabe von Geschäftsgeheimnissen. Als solche sind nicht nur diejenigen anzusehen, deren Geheimhaltung dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist. Vielmehr wird sich diese Pflicht häufig auch aus den Umständen und einem erkennbaren Interesse des Geschäftsherrn ergeben, wie z. B. hinsichtlich des Inhaltes der Handelsbücher, der Kundenlisten, der Einkaufspreise, Bezugsquellen u. a. m.[4])

---

[1]) A. a. O. S. 130.

[2]) S. a. Silberschmidt, S. 249; Staudinger, Anm. VI zu § 611 BGB, S. 779.

[3]) So der Entwurf.

[4]) So Staub, Anm. 39 zu § 59 HGB, S. 389; ferner R.G.Str. 29, 430.

Die während des Arbeitsverhältnisses erlangten Einblicke in den Geschäftsbetrieb des Arbeitgebers rechtfertigen das Bestehen gerade des Wettbewerbsverbotes und des Schweigegebotes auch über die Beendigung des Arbeitsvertrages hinaus, um so mehr, als dessen Dauer immer beschränkt ist und meist kurze Kündigungsfristen gegeben sind.

Eine Fortdauer der Schweigepflicht wird man ohne weiteres wohl allgemein annehmen dürfen, zumal regelmäßig darin für den Arbeitnehmer keine Belastung liegt. Dagegen bedeutet eine Fortdauer des Konkurrenzverbotes über den Arbeitsvertrag hinaus eine Beschränkung der persönlichen Handlungsfreiheit des Arbeitnehmers, die unter Umständen eine Erschwerung seines Fortkommens bedeuten kann. Durch Gesetz kann sie deshalb nicht bedingungslos festgelegt werden, ist vielmehr der freien[1]) vertraglichen Vereinbarung der Parteien zu überlassen.[2]) Es entspricht Recht und Billigkeit, daß dem Arbeitnehmer hierfür eine Entschädigung gewährt wird. So ist auch § 33 Absatz II des Entwurfes zu verstehen.

Daneben behalten die Strafbestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb wegen des Verrates von Geschäftsgeheimnissen und Annahme von Schmiergeldern (§§ 17, 12, 13 des Gesetzes) Geltung.

Eine Nebentätigkeit dagegen muß dem Arbeitnehmer grundsätzlich gestattet sein, sofern sie nicht das Wettbewerbsverbot verletzt und außerdem nicht die Leistungen des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber beeinträchtigt.[3])

C. Die Folgen der Pflichtverletzung.

Aus der Verletzung der Pflichten des Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer ergibt sich eine Reihe bestimmter Rechtsfolgen.[4]) Aus diesen sind zunächst diejenigen herauszunehmen,

---

[1]) Bezüglich einzelner Beschränkungen s. R.G.Z. 101, 375 f.; ferner Kaskel, S. 183 C.

[2]) S. a. Kaskel, S. 183.

[3]) S. a. der Entwurf in § 34; dagegen Silberschmidt, S. 250, der dem Arbeitnehmer jede Nebentätigkeit in seinem Arbeitszweige verbieten will.

[4]) S. hierzu auch Bail, S. 84/85, der eine Haftpflicht des Arbeitnehmers — m. E. mit Recht — als Folge der Verletzung der Vertragspflichten ansieht, während Kaskel, a. a. O. S. 117, auch hier eine selbständige Pflicht annimmt.

die im Vertrage selbst für ein bestimmtes vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers durch die Vertragsparteien vereinbart sind, das sind die sogenannten Vertragsstrafen.

I.

Die Vertragsstrafe.

Die Rechtsnatur der Vertragsstrafe als solche ist freilich bestritten. Oertmann[1]), Bail[2]) u. a. bezeichnen sie im Gegensatz zu Kaskel[3]) und Molitor[4]), die sie als Vertragsstrafen im Sinne der §§ 339 ff. BGB ansehen, als Ordnungsstrafen. Die wichtigste Folge dieser Unterscheidung besteht darin, daß nur die Vertragsstrafe gemäß § 343 BGB durch Richterspruch ermäßigt werden kann, da auf diese die §§ 339 f. BGB Anwendung finden. M. E. ist der Auffassung zu folgen, die sie als Vertragsstrafe mit rein privatrechtlichem Charakter bezeichnet; denn sie beruht auf dem Arbeitsvertrage, mag sie auch im wesentlichen in den Arbeitsordnungen enthalten sein, da ja auch diese Bestandteile des Arbeitsvertrages sind. Man müßte sonst schon eine auf den Arbeitgeber übertragene öffentlich-rechtliche Strafgewalt über den Arbeitnehmer annehmen, eine Konstruktion, die dem Wesen des Arbeitsvertragsrechtes, das, wie das ganze moderne Arbeitsrecht, gerade von dem Leitgedanken des Schutzes und der Fürsorge für den wirtschaftlich Schwächeren, den Arbeitnehmer, beherrscht ist, widerspricht, und zwar auch dann, wenn man die Vertragsstrafe durch besondere Gesetzesbestimmungen in einzelnen Beziehungen einschränken würde.[5]) Solche Beschränkungen sind ihrem Inhalte nach im wesentlichen auch in § 31 des Entwurfes übernommen worden. Der Hinweis auf sie mag hier genügen, da ihre Einzelheiten im Rahmen dieser Arbeit nicht interessieren.

Die Verwirkung der Vertragsstrafe tritt ein mit dem vertragswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers und ist unabhängig von dem Eintritt eines Schadens.[6]) Ihrem Wesen nach soll sie vor allem der Sicherung des Arbeitgebers dienen, weil ihr Be-

---

1) A. a. O. S. 28.

2) A. a. O. S. 101.

3) A. a. O. S. 148 E.

4) A. a. O. S. 133.

5) So § 134 b, Abs. I, Ziffer 4, 5 und Abs. II Gewerbeordnung; ferner § 80 Abs. II des Betriebsrätegesetzes; s. dazu auch Silberschmidt, S. 247/8.

6) S. a. R.G.Z. 103, 99.

stehen geeignet ist, den Arbeitnehmer von einer Verletzung des Vertrages abzuhalten.[1]) Etwaige weitere Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers werden durch sie nicht berührt. Insofern greift § 340 BGB hier nicht Platz, weil nach den bereits[2]) erwähnten einschränkenden Bestimmungen, insbesondere des § 134b der Gewerbeordnung, die Verwendung der durch die Vertragsstrafe verwirkten Strafgelder zu Gunsten des Arbeitgebers unzulässig ist. Vielmehr müssen diese zum Besten der Arbeitnehmer des Betriebes verwendet werden.[3])

Die gleichen Grundsätze gelten auch bezüglich der in § 41 des Entwurfes vorgesehenen Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot.

II.

Die Verletzung der Arbeitspflicht.

Der Verletzung der Pflicht zur Arbeitsleistung als der Hauptpflicht des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrage kommt naturgemäß auch die wesentlichste Bedeutung zu. Hierbei ist vorauszuschicken, daß der Arbeitnehmer für jede Art von Verschulden haftet, insbesondere also auch für jeden Grad von Fahrlässigkeit[4]), soweit im einzelnen nicht besondere Gesichtspunkte in Betracht kommen. Alsdann ergeben sich zwei Haupttatbestände, nämlich einmal der der völligen Nichtleistung, zum andern der der Schlechtleistung der Arbeit.

1. Die Nichtleistung.

Das Wort sagt schon, was damit gemeint ist: der Arbeitnehmer unterläßt oder verweigert die Ausführung der ihm vertragsmäßig obliegenden Arbeit. In sinngemäßer Auslegung der Pflichten des Arbeitnehmers ist eine Nichtleistung auch dann anzunehmen, wenn sein Verhalten dem Vertragszwecke völlig widerspricht. In diesem Falle kann zwar eine Arbeitsleistung an sich vorliegen, die jedoch für den Arbeitgeber nicht nur zwecklos, sondern sogar schädlich sein kann. Geht dieses Verhalten des Arbeitnehmers trotz Abmahnung des Arbeitgebers so weit, daß die Er-

---

[1]) S. a. Molitor, a. a. O. S. 134.
[2]) S. S. 30, Anm. 5.
[3]) S. a. Kaskel, S. 148, Fußnote 3; Jacobi, S. 84.
[4]) S. a. Enneccerus-Kipp-Wolff, S. 431.

reichung des Vertragszweckes hinfällig gemacht wird, so ist darin eine der Nichtleistung gleichzustellende Arbeitsverweigerung zu erblicken. So hat das Reichsarbeitsgericht beispielsweise dahin entschieden, daß ein Kellner, der sich trotz Vorhaltes seines Arbeitgebers den Gästen gegenüber ständig unangemessen benimmt, sich der beharrlichen Arbeitsverweigerung schuldig macht. Es weist in seiner Entscheidung[1]) darauf hin, daß darin eine schwerwiegende Verletzung der Dienstpflicht zu erblicken sei, da das Benehmen des Kellners den Gästen gegenüber von größter Bedeutung und für die Beurteilung des Ranges des Gasthofes wesentlich mitbestimmend ist.[2]) Der Begriff der Arbeitsleistung ist nach der durchaus richtigen Ansicht des Reichsarbeitsgerichtes nicht so eng auszulegen, daß nicht auch „die Wahrung eines dem Vertragszwecke entsprechenden Verhaltens im Dienste" darunter fiele.

Die Rechtsfolgen der Nichtleistung der Arbeit sind aber weiter danach zu unterscheiden, ob diese auf Verschulden des Arbeitnehmers beruht oder ob sie unverschuldet ist.

a) Unverschuldet.

Ein Verschulden liegt nicht vor, wenn das Unterlassen der Arbeitsleistung weder auf Vorsatz noch auf Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers zurückzuführen ist, oder positiv ausgedrückt: wenn die Arbeitsleistung infolge eines Zufalls auf Grund von Hindernissen, sei es persönlicher, sei es allgemeiner Art, unterblieben ist.[3]) Hierfür trifft den Arbeitnehmer keine Verantwortung. Doch wäre es unbillig, wollte man dieses wenn auch schuldlose Unterlassen der Arbeitsleistung im Verhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber ganz unberücksichtigt lassen. Es drängt sich vielmehr sogleich die Frage auf, welchen Einfluß dieses auf den Lohnanspruch des Arbeitnehmers hat.

Grundsätzlich ist mit Oertmann[4]) zu sagen: keine Arbeit — kein Lohn. Dieser Grundsatz aber, ganz streng durchgeführt,

---

[1]) J.W. 1929, S. 1757, Nr. 2.

[2]) Über einen durch ein solches Verhalten des Arbeitnehmers verursachten weiteren Schaden siehe weiter unten (S. 40) den Abschnitt über positive Vertragsverletzung.

[3]) So Oertmann, S. 128, Anm. 1; S. 165.

[4]) A. a. O. S. 128, 165.

würde dem sozialen Gedanken des Arbeitsvertragsrechtes widersprechen.[1]) Schon nach § 616 BGB wird der zur Dienstleistung Verpflichtete „des Anspruches auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird". Diese Bestimmung bildet also eine lex specialis zu § 323 BGB. Es ist nur natürlich, wenn eine gleiche Bestimmung auch im Entwurf (§ 79) Aufnahme gefunden hat. Die daraus sich ergebenden Folgen sind bereits Allgemeingut unserer Rechtsprechung geworden, so daß sie hier keiner besonderen Erörterung bedürfen.[2])

Es erhebt sich aber noch weiter die Frage, ob hieraus eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Nachleistung der geschuldeten und versäumten Arbeitsleistung herzuleiten ist. Das ist im allgemeinen zu verneinen, und zwar schon deshalb, weil regelmäßig die Leistung ihrer Art nach unmöglich geworden ist[3]) und die Nachleistungspflicht sich im übrigen auch nicht allgemein aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses herleiten läßt.[4])

b) Schuldhaft.

Ein Verschulden des Arbeitnehmers in Bezug auf die Nichtleistung der versprochenen Arbeit liegt dann vor, wenn er infolge eigenen Verschuldens nicht arbeiten kann oder vorsätzlich die Arbeitsleistung unterläßt.

Um den Begriff des Verschuldens im Einzelfalle wird gestritten. Nach Hueck-Nipperdey[5]) ist beispielsweise im Falle des § 616 BGB, und zwar hier in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre, als verschuldet anzusehen „jede Verhinderung, die durch ein unnatürliches, leichtfertiges oder gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten herbeigeführt wird". M. E. ist diese Formulierung nicht klar; sie läßt zu sehr den Arbeitsvertrag als solchen und die aus ihm folgenden Pflichten des Arbeitnehmers außer Acht. Geht man nämlich von diesen aus, so ge-

---

[1]) S. a. das Reichsarbeitsgericht in J.W. 1930, S. 430, Nr. 5.

[2]) So § 616 Satz 2 BGB. So ferner ähnliche Vorschriften in § 63 HGB; § 133 c Gewerbeordnung. S. a. Jacobi, S. 62, 6.

[3]) So Oertmann, S. 128/29.

[4]) S. a. das Reichsarbeitsgericht in Z.f.H.R., 4. Jahrg., Nr. 1, S. 45, Nr. 194.

[5]) A. a. O. S. 190.

langt man notwendig zu § 276 BGB als der Grundlage des Verschuldensbegriffes überhaupt. Dieser Begriff aber ist überall der gleiche und deshalb in allen Fällen anwendbar. Danach ist also ein Leistungshindernis dann als verschuldet vom Arbeitnehmer anzusehen, wenn seine Herbeiführung „als Verletzung der dem Arbeitgeber gegenüber bestehenden Arbeitspflicht erscheint".[1])

An dieser Stelle ist auch die Frage der Zulässigkeit des Streiks mit seinen rechtlichen Folgerungen zu erörtern. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß weder § 152 der Gewerbeordnung noch Artikel 159 der Reichsverfassung ein Recht zum Streik festlegen.[2]) Eine mit der Zulässigkeit und den Rechtsfolgen des Streiks sich befassende Regelung besteht nirgends. Die Frage ist aber in zahlreichen Fällen Gegenstand richterlicher Entscheidung gewesen; hieraus haben sich bestimmte Grundsätze entwickelt. Danach ist zunächst immer zu prüfen, ob durch den Streik eine im Vertrage besonders übernommene Friedenspflicht verletzt ist. In diesem Falle ergeben sich die allgemeinen Rechtsfolgen einer Vertragsverletzung.[3]) Fehlt aber eine derartige Bestimmung im Vertrage, so ist grundsätzlich zu sagen, daß der Streik als Kampfmittel im Arbeitskampfe nicht als unzulässig anzusehen ist; er ist vielmehr „Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit" des Arbeitnehmers.[4]) Eine andere Beurteilung muß jedoch Platz greifen, wenn „die zur Erreichung des Streikzieles angewendeten Mittel an sich unsittlich sind oder wenn durch den Streik die wirtschaftliche Vernichtung des Gegners herbeigeführt oder wenn der dem Gegner zugefügte Nachteil zu dem erstrebten Vorteil in keinem erträglichen Verhältnisse steht oder wenn der beabsichtigte Erfolg als ein berechtigtes Ziel nicht erscheint".[5]) Es ist also Voraussetzung für die Feststellung der Unzulässigkeit des Streiks, daß Ziel oder Mittel des Kampfes dem Anstandsgefühl aller Gerecht- und Billigdenkenden widerstreiten[6]) oder aber weitgehende, besondere Umstände vorliegen, die den „die Verfolgung

---

[1]) S. a. Staudinger, Anm. III 2 b zu § 616 BGB, S. 831.

[2]) S. a. J.W. 1930, S. 1207, Nr. 17.

[3]) S. a. R.G.Z. 73, 92.

[4]) S. a. Staudinger, Vorbem. VII A 2 c, S. 726; ferner R.G.Z. 119, 291.

[5]) So J.W. 1930, S. 1207, Nr. 17, und die weiter dort zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts.

[6]) S. a. Staudinger, Vorbem. VII A 2 c, S. 727.

der gegenseitigen Interessen begrenzenden Gesichtspunkten der guten Sitten zuwiderlaufen".[1]) Das gilt vor allem auch im Falle eines sogenannten Sympathiestreiks. Liegt aber ein Verstoß gegen die guten Sitten vor, so rechtfertigt sich die Anwendung des § 826 BGB mit allen sich daraus ergebenden Rechtsfolgen. Es können freilich auch schon einzelne Kampfhandlungen bei einem grundsätzlich nicht sittenwidrigen Streik die in § 823 BGB geschützten Rechte verletzen und alsdann die dort gegebenen Rechtsfolgen auslösen.

Ist demnach ein Verschulden des Arbeitnehmers zu bejahen, so folgt daraus, abgesehen von der oben[2]) bereits erörterten Verwirkung etwa vereinbarter Vertragsstrafen, in erster Linie der Verlust des Anspruches des Arbeitnehmers auf den Arbeitslohn. Daneben aber ist weiter eine Haftung auf Schadensersatz auf Grund der allgemeinen Bestimmungen des § 325 BGB anzunehmen.[3]) Soweit ferner das Verhalten des Arbeitnehmers ein solches war, daß dem Arbeitgeber „mit Rücksicht auf Vertragszwecke, gute Sitte oder Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann"[4]), ist darin ein wichtiger Grund zur fristlosen Auflösung des Arbeitsvertrages gegeben.[5])

c) Verschulden des Arbeitgebers.

Endlich kann die Nichtleistung der geschuldeten Arbeit auch auf einen Umstand zurückzuführen sein, den der Arbeitgeber zu vertreten hat. Hier bildet insbesondere die Frage nach der Haftung für das Betriebsrisiko den Gegenstand lebhafter Erörterung in Theorie und Praxis.

Verschiedene Ansichten werden vertreten. Die eine nimmt Unmöglichkeit der Leistung, mithin ohne weiteres Verlust des Lohnanspruches an, eine andere Annahmeverzug des Arbeitgebers, eine dritte Verletzung der Vertragspflicht des Arbeitgebers, die in der Nichtbereitstellung des Betriebes erblickt wird, mithin schuldhafte Nichterfüllung, Verzug und Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers. Alle diese Lösungen können, wie Oegg

---

[1]) So Nipperdey in J.W. 1930, Anm. zu Nr. 17, 3, S. 1208.
[2]) S. 30.
[3]) S. a. Oertmann, S. 130, a.
[4]) § 156 des Entwurfes.
[5]) S. a. das Reichsarbeitsgericht in Z.f.H.R., 3. Jahrg., Nr. 6, S. 359; ferner in J.W. 1930, S. 3151, Nr. 65, nebst Anmerkung.

in seinem Vortrag vor der Juristischen Studiengesellschaft München[1]) ausgeführt hat, nicht befriedigen, da sie die sozialen Grundgedanken des modernen Arbeitsrechtes außer Acht lassen. In dieser Hinsicht ist nämlich eine grundlegende Änderung eingetreten. Arbeitgeber und Arbeitnehmer bilden, so sagt Oegg, eine soziale Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft. Der Arbeitnehmer stellt nicht mehr wie früher lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung, vielmehr trägt er kraft seiner durch mannigfache Gesetzesbestimmungen verbürgten Beteiligung an der Verwaltung des Betriebes Mitverantwortung für dessen Wohl und Bestand. Daraus folgt aber wieder, daß er nach Treu und Glauben auch an allen Ereignissen in gewissem Umfange mittragen muß, und zwar ist dieses insoweit anzunehmen, als es sich um solche Umstände handelt, „die nach der besonderen Beschaffenheit des Vertragsverhältnisses in den Gefahrenkreis dieses Vertragsteiles fallen".[2]) Darunter sind naturgemäß nicht solche Umstände zu verstehen, die bei dem Betriebe von vornherein in Rechnung zu stellen sind und sich aus ihm selbst regelmäßig zwangsläufig ergeben. Vielmehr fallen in den Gefahrenkreis des Arbeitnehmers nur solche außergewöhnliche Ereignisse, die von außen her unabwendbar auf den Betrieb einwirken.[3]) Nach diesen Grundsätzen ist demnach die Frage nach der Haftung für das Betriebsrisiko zu beantworten.[4])

Für die alsdann vom Arbeitgeber zu vertretende Unterlassung der Arbeitsleistung seitens des Arbeitnehmers gelten wiederum die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften des § 324 BGB. Ohne Rücksicht auf ein Verschulden gilt darüber hinaus § 615 BGB, wonach bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten der Dienstverpflichtete für die infolge des Verzuges nicht geleisteten Dienste den Lohnanspruch behält, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein.[5])

---

[1]) Abgedruckt in J.W. 1930, S. 396.

[2]) So das Reichsarbeitsgericht in J W. 1930, S. 431, Nr. 6; ferner daselbst S. 430, Nr. 5; S. 431, Nr. 7 und 8; S. 2152, Nr. 1.

[3]) S. a. das Reichsarbeitsgericht in „Höchstrichterliche Rechtsprechung", Heft 11, Nr. 1014; ferner in D.J.Z. 1930, Heft 1, S. 99, und in J.W. 1930, S. 3117, Nr. 8.

[4]) S. a. Oertmann, S. 170.

[5]) S. dazu auch J.W. 1930, S. 3150, Nr. 62, nebst der Anmerkung von Nikisch.

2. Die Schlechtleistung.

Wie die Nichtleistung der vertragsmäßigen Arbeit, so zeitigt auch eine Minderleistung des Arbeitnehmers bestimmte Rechtsfolgen, die hier zu erörtern sind. Für den Arbeitsvertrag im eigentlichen Sinne ist dabei die Dienstleistung als solche, nicht der Erfolg maßgebend, wenn wir von den Fällen, bei denen es gerade auf den Erfolg ankommt, wie z. B. beim Akkordvertrag, absehen wollen.

In gleicher Weise wie bei der Nichtleistung der Arbeit ist zu unterscheiden, ob die Schlechtleistung unverschuldet oder ob sie vom Arbeitnehmer zu vertreten ist.

a) Unverschuldet.

Die Prüfung, ob die Minderleistung des Arbeitnehmers auf Verschulden beruht, ist auf das Maß von Sorgfalt abzustellen, das der Arbeitnehmer bei seiner Arbeitsleistung aufzuwenden hat. Hierbei ist, wie § 15 des Entwurfes in Anlehnung an § 276 Absatz I BGB richtig zum Ausdruck bringt, auf die Besonderheit des Arbeitsverhältnisses einmal, zum andern auf die Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, soweit sie dem Arbeitgeber bekannt sind oder sein müssen[1]), Rücksicht zu nehmen.[2]) Ist danach ein Verschulden des Arbeitnehmers zu verneinen, so sind dennoch gewisse Rechtsfolgen entsprechend den bei der Erörterung der unverschuldeten Nichtleistung angestellten Erwägungen gegeben.[3]) Wie dort, so muß auch hier vor allem aus Billigkeitsgründen eine Auswirkung auf den Lohnanspruch des Arbeitnehmers in erster Linie stattfinden. Das gilt namentlich auch dann, wenn die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers nach Vertragsabschluß unverschuldet beeinträchtigt wird. Dabei ist jedoch von vornherein ein Recht des Arbeitgebers auf einseitige Herabsetzung des Lohnes zur Vermeidung von Willkür als mit dem Wesen des Arbeitsvertragsrechtes unvereinbar abzulehnen. Jedoch erscheint eine Lösung dahin gegeben, daß der Lohn ent-

---

[1]) Die Kenntnis der Fähigkeiten des Arbeitnehmers seitens des Arbeitgebers beim Vertragsabschluß schließt regelmäßig das Verschulden des Arbeitnehmers aus. Molitor a. a. O. S. 123 legt hierzu § 15 des Entwurfes dahin aus, daß einfache Fahrlässigkeit des Arbeitgebers in diesem Falle genügen soll.

[2]) S. a. Molitor a. a. O., S. 120.

[3]) S. o. S. 32.

sprechend der für die Art und das Maß der tatsächlich geleisteten Arbeit im Tarifvertrage festgesetzten Lohnstufe oder bei Fehlen eines solchen nach dem dafür üblichen Satze bemessen wird. Ähnliches will auch Molitor.[1]) Zur Vermeidung von Streitigkeiten würde sich vielleicht für die künftige Rechtsgestaltung empfehlen, hierbei die Mitwirkung des Betriebsrates zwingend vorzuschreiben. Schließlich müßte natürlich das Arbeitsgericht entscheiden. Diese Lösung würde m. E. in den meisten Fällen beiden Teilen gerecht werden, indem sie geeignet ist, einerseits eine Kündigung des Arbeitnehmers zu verhüten, andererseits aber auch dem Arbeitgeber die Möglichkeit gewährt, eine Kraft, für die er so schnell keinen Ersatz bekommen könnte, bei angemessenem Lohne zu behalten.

Wenn jedoch auf der einen Seite der in den §§ 459, 537, 634 Absatz III BGB enthaltene Gedanke der Unbeachtlichkeit nicht erheblicher Mängel[2]) hier ebenfalls analoge Anwendung finden wird, so muß auf der anderen Seite aber auch dem Arbeitgeber dann ein Kündigungsrecht zugebilligt werden, wenn die Mängel der Arbeitsleistung von so erheblicher Art sind, daß diese auch bei verhältnismäßiger Lohnherabsetzung für ihn ohne Wert ist.

b) Schuldhaft.

Für das Verschulden gilt auch hier wieder der Maßstab des § 276 BGB. Ein solches kann aber schon bei Vertragsabschluß vorliegen, indem nämlich der Arbeitnehmer solche Tatsachen, von denen er annimmt oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie für den Nichtabschluß eines Arbeitsvertrages seitens des Arbeitgebers bestimmend sein würden, verschweigt oder wenn er bewußt falsche Angaben macht.[3]) Solche Umstände erlangen besondere Bedeutung, wenn zwischen den Parteien kein Vertrag zustande kommt oder später seine Ungültigkeit sich herausstellt. Die frühere Meinung, daß der Geschädigte alsdann aus dem

---

[1]) A. a. O. S. 122. — Die Ansicht Oertmann's a. a. O. S. 136, der den Lohnanspruch an sich bestehen lassen und nur Schadensersatzansprüche zulassen will, erscheint als unbillig.

[2]) Es sei denn, daß Mängelfreiheit durch den Arbeitnehmer bei Vertragsabschluß zugesichert wäre.

[3]) S. a. R.G.Z. 97, 50.

Vertrage keine Ansprüche geltend machen könne, weil ein solcher nicht bestehe, hat sich längst als unhaltbar und auch rechtsirrig erwiesen. Sie wurde in keiner Weise den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht, weil sie mit dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nicht in Einklang zu bringen ist. Heute ist nunmehr allgemein die Haftung für Verschulden bei Vertragsabschluß (culpa in contrahendo) ohne Rücksicht darauf, ob ein Vertrag zustande kommt oder nicht, als Rechtsfolgerung aus § 276 BGB anerkannt. Die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich unzweifelhaft aus dem Geiste dieses Gesetzes und entspricht auch den Anschauungen des Verkehrs.[1])

Gleiche Erwägungen haben Platz zu greifen, wenn die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers während der Dauer des Arbeitsvertrages durch sein Verschulden Einbuße erleidet.[2])

Die verschuldete Schlechtleistung des Arbeitnehmers zeitigt in erster Linie Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers. Daneben muß aus den gleichen Gründen wie bei der unverschuldeten Schlechtleistung ein Anspruch auf verhältnismäßige Herabsetzung des Lohnes in der dort[3]) erörterten Art gewährt werden.[4]) Endlich ist dem Arbeitgeber für diesen Fall ein besonderes Kündigungsrecht zuzugestehen, und zwar nicht nur, wie Oertmann[5]) annimmt, bei dauernder Untüchtigkeit oder eingewurzeltem Hang des Arbeitnehmers zu unordentlicher Dienstverrichtung, sondern auch dann schon, wenn der Mangel so erheblich ist, „daß eine Herabsetzung des Lohnes auf den tariflichen oder üblichen die Belange des Arbeitgebers nicht zu befriedigen vermag".[6])

Darüber hinaus entspricht es m. E. der Billigkeit, dem Arbeitgeber im Falle der arglistigen Täuschung bei Vertragsabschluß in entsprechender Anwendung der allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechtes (§ 123 BGB) ein Anfechtungsrecht mit den im § 52 des Entwurfes gekennzeichneten Folgen zu ge-

---

[1]) S. a. R.G.R.Komm., Anm. 3 zu § 276 BGB, S. 452; Staudinger, Vorbem. A I 2 a zu § 276, S. 255; R.G.Z. 104, 267; Reichsgericht in J.R. 1925, Nr. 564; 1926, Nr. 1337; 1927, Nr. 227, 228; L.Z. 1927, Sp. 247; J.W. 1927, S. 1516.

[2]) Z. B. infolge Zuziehung einer Geschlechtskrankheit; s. Reichsarbeitsgericht in Z.f.H.R., 4. Jahrg., Heft Nr. 7/8, S. 446, Nr. 1777.

[3]) S. 37.

[4]) S. a. Molitor a. a. O., S. 125.

[5]) A. a. O., S. 136.

[6]) So Molitor a. a. O., S. 125.

währen; die Bedenken Molitors[1]) sind m. E. nicht stichhaltig genug, dieses Recht des Arbeitgebers im Arbeitsvertrage zu verneinen.

c) Verschulden des Arbeitgebers.

Ein solches liegt in erster Linie vor, wenn der Arbeitgeber in Kenntnis oder fahrlässiger Nichtkenntnis der Fähigkeiten des Arbeitnehmers mit diesem den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat.[2]) Weiter sind vom Arbeitgeber Mängel und Fehler der zur Arbeit erforderlichen Stoffe, Werkzeuge und Maschinen zu vertreten. Doch entspricht es der Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers, in solchen Fällen dem Arbeitgeber zur Vermeidung von Schäden rechtzeitig von etwaigen Mängeln Anzeige zu machen. Der Vorschlag einer gesetzlichen Festlegung dieser Pflicht im § 16 des Entwurfes ist daher zu begrüßen. Im übrigen kommt auch hier wieder die Frage der Tragung des Betriebsrisikos zur Geltung; dieserhalb wird auf die dazu bereits gemachten Ausführungen[3]) verwiesen.

Soweit danach die Schlechtleistung des Arbeitnehmers auf einem Umstande beruht, der vom Arbeitgeber zu vertreten ist, behält der Arbeitnehmer seinen vertragsmäßigen Lohnanspruch.

3. Positive Vertragsverletzung.

Die Nichtleistung oder die nicht ordnungsmäßige Erfüllung der Vertragspflichten[4]) durch den Arbeitnehmer kann unter Umständen einen über das bloße Interesse des Arbeitgebers an der Erfüllung hinausgehenden Schaden verursachen. Dann haben wir es mit einer zuerst von Staub so bezeichneten „positiven Vertragsverletzung“[5]) zu tun. Begrifflich ist auch diese auf § 276 BGB zurückzuführen; denn hiernach hat der Schuldner für jede schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflichten einzu-

---

[1]) A. a. O., S. 126.

[2]) So das Beispiel bei Oertmann, S. 136 oben.

[3]) S. 35.

[4]) Auch die Verletzung der aus jedem Vertrage folgenden Pflicht, alles zu unterlassen, was den Vertragszweck gefährden könnte, gehört hierher; das Gesetz hat sie nur ihrer Selbstverständlichkeit halber nicht besonders erwähnt (s. a. Staudinger, Anm. C I 4, S. 275).

[5]) Nach Enneccerus: „Positive Forderungsverletzung“ (a. a. O. § 278, S. 161 ff.).

stehen.[1]) Stellt demnach die positive Vertragsverletzung eine schuldhafte Verletzung der Vertragspflichten durch den Schuldner dar, so liegt der Rechtsgrund der Haftung für ihre Folgen in § 276 BGB.[2])

Selbstverständlich müssen diese Grundsätze, die letzten Endes auch nur wieder dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 242 BGB entspringen, auch auf den Arbeitsvertrag entsprechende Anwendung finden.

Darüber hinaus ist es noch denkbar, daß die positive Vertragsverletzung zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt. Alsdann ergibt sich folgerichtig noch eine besondere Haftung des Arbeitnehmers gemäß den §§ 823 ff. BGB.

III.

Die Verletzung der Gehorsams- und der Treuepflicht.

Gegenüber der Pflicht zur Arbeitsleistung, deren Verletzung naturgemäß das Arbeitsverhältnis in erster Linie berührt und demnach eine ausführliche Darstellung der Rechtsfolgen erforderlich machte, sind die Folgen der Verletzung der Gehorsams- und der Treuepflicht im wesentlichen gleichartig. Nur bei der Treuepflicht bedürfen sie entsprechend dem weiteren Umfange derselben einer etwas näheren Darlegung.

Als beiden gemeinsam ist vorauszuschicken, daß die Grundsätze des dienstlichen Verhaltens des Arbeitnehmers, ferner die Feststellung, wann eine Verletzung in dieser Hinsicht vorliegt, endlich die daraus alsdann sich ergebenden Rechtsfolgen zumeist in der in dem Betriebe geltenden Arbeitsordnung zusammengefaßt sind. Soweit aber eine Regelung darin nicht erfolgt ist, sind allgemeingültige Grundsätze aufzustellen.

1. Die Gehorsamspflicht.

Bei Nichtbefolgung der Anweisungen des Arbeitgebers im Rahmen des Vertrages wird in der Hauptsache zu prüfen sein, ob dem Arbeitgeber deswegen ein Recht zur fristlosen Aufhebung

---

[1]) A. A. Enneccerus, a. a. O., S. 163, der den Analogieschluß aus den §§ 280, 286 BGB zieht.

[2]) S. a. Staudinger, Anm. C I 4 zu § 276 BGB, S. 275; R.G.R. Komm., Anm. 2 zu § 276, S. 452.

des Vertragsverhältnisses zu gewähren ist. Das hängt davon ab, ob in der Gehorsamsverweigerung ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB, dessen Grundgedanke im § 156 des Entwurfes wiederkehrt, zu erblicken ist. Nach allgemeiner Auffassung gilt als solcher jeder Umstand, „mit Rücksicht auf den dem einen oder andern Teil die Fortsetzung des Dienstverhältnisses und die Innehaltung der ordentlichen Kündigungsfrist nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann".[1] Ob demnach die Gehorsamsverweigerung als ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes anzusehen ist, hängt von den Umständen des Falles ab und unterliegt also dem freien richterlichen Ermessen. Jedenfalls wird man die Frage bejahen müssen, wenn der Arbeitnehmer trotz Abmahnung und beharrlich die Anweisungen des Arbeitgebers unbeachtet läßt. Ein noch strengerer Maßstab ist anzulegen, wenn der Arbeitnehmer ein dem Arbeitgeber gebührendes, der Gehorsamspflicht entsprechendes achtungsvolles Verhalten vermissen läßt.

Sofern dem Arbeitgeber aus dieser Verletzung der Gehorsamspflicht Schaden erwachsen ist, kommt auch eine aus dem Vertrage folgende Ersatzpflicht des Arbeitnehmers in Betracht; daneben kann natürlich auch eine unerlaubte Handlung vorliegen.

2. Die Treuepflicht.

Das zur Verletzung der Gehorsamspflicht Gesagte gilt in vollem Umfange auch hier. Nur wird die Verletzung der Treuepflicht eher einen wichtigen Grund im Sinne des Gesetzes abgeben, weil der Arbeitsvertrag je nach der engeren Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb und seine Anteilnahme an der Verwaltung in mancherlei Hinsicht zu einem großen Teile ein Vertrauensverhältnis voraussetzt, dessen Mißbrauch daher besonders streng zu werten ist.

Gewisse Besonderheiten ergeben sich im Falle des verbotenen Wettbewerbes. Soweit der Tatbestand des § 17 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in Frage steht, können zunächst einmal strafrechtliche Folgen eintreten. Nach der zivilrechtlichen Seite haben aber auch die Bestimmungen dieses Gesetzes, insbe-

---

[1]) S. a. Oertmann, S. 190.

sondere der allgemeine Grundsatz des § 1, Geltung[1]), sofern seine Voraussetzungen gegeben sind.

Nach § 1 des erwähnten Gesetzes kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden, „wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen". Der Unterlassungsklage kommt im Vergleich zu der Schadensersatzklage aus § 1 des Gesetzes die größere praktische Bedeutung zu. Soweit zu den Voraussetzungen des Unterlassungsanspruches ein Verstoß gegen die guten Sitten gehört, unterscheidet er sich wesentlich vom § 826 BGB. Denn während hier subjektives Verschulden die Voraussetzung des Anspruches bildet, wird in § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb weder ein vorsätzliches noch ein fahrlässiges Handeln des Täters verlangt. Die Prüfung ist also eine rein objektive; es ist weder die Absicht noch die Kenntnis noch die Voraussehbarkeit des Schadens erforderlich. Das Gesetz geht also weit über § 826 BGB hinaus und gewährt damit dem Anspruchsberechtigten eine bessere Möglichkeit zur Durchführung seines Anspruches. Die Unterlassungsklage, die rechtlich als Leistungsklage aufzufassen ist[2]), würde nach § 890 der Zivilprozeßordnung durch Anwendung von Haft oder Geldstrafe zu vollstrecken sein.

Es ist weiter dann auch eine Schadensersatzklage gegeben, die allerdings wieder schuldhafte Schadenszufügung infolge der Wettbewerbshandlung zur Voraussetzung hat.

Da ferner auch in der Annahme von Schmier- und Bestechungsgeldern regelmäßig eine Verletzung der Treuepflicht liegt, findet auch § 12 Absatz I und II des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb hier Anwendung. In der Erwägung, daß der Arbeitgeber häufig einen entstandenen Schaden nicht nachzuweisen vermag[3]), bestimmt § 32 des Entwurfes hinsichtlich der Schmiergelder sehr praktisch, daß der Arbeitgeber „unbeschadet weiterer Schadensersatzansprüche die Herausgabe des Empfangenen oder seines Wertes" fordern kann.[4])

---

[1]) S. a. Oertmann, S. 190.
[2]) S. a. Fuld, Anm. IV A c, S. 53.
[3]) S. a. Molitor a. a. O., S. 131.
[4]) Ein ähnlicher Gedanke liegt im § 57 des Entwurfes.

Endlich ist hier noch die Frage der sogenannten Lohnverwirkung zu erörtern. Eine solche kann grundsätzlich nur auf vertraglicher Abmachung beruhen; selbst hier sind ihr enge Grenzen gesetzt. Es wird immer besonders streng zu prüfen sein, ob kein Verstoß gegen die guten Sitten durch Knebelung, Willkür und ähnliche Umstände vorliegt. Sie ist unbedingt unzulässig, soweit sie unterhalb der Lohnpfändungsgrenze bleibt [1]), weil sonst ein Widerspruch zu den dafür erlassenen Schutzgesetzen und zugleich die Möglichkeit, diese zu umgehen, geschaffen würde.

---

[1]) S. a. Staudinger, Anm. VIII 8 g zu § 611 BGB, S. 796; s. a. die dort zitierten Sonderbestimmungen für gewerbliche und Bergarbeiter.

Zweiter Teil.

Der Lehrvertrag.

I.

Begriff und Wesen des Lehrvertrages.

Durch den Lehrvertrag verpflichtet sich der Lehrherr, den Lehrling in seinem Berufe auszubilden, während dieser entsprechende Dienste zum Zwecke der Erlernung seines Berufes zu leisten verpflichtet ist. Der Lehrvertrag hat also durch die Vermischung seiner Elemente mit denen des Arbeitsvertrages einen Doppelcharakter.[1]) Er ist auch ein gegenseitiger Vertrag mit beiderseitigen Rechten und Pflichten: der eine Teil hat Dienste zu leisten, die Gegenleistung des anderen besteht in der Vermittelung der Berufsausbildung.[2]) Demnach entspricht er dem Typ des allgemeinen Arbeitsvertrages, ist selbst ein Arbeitsvertrag[3]), wenn er auch verschiedene seiner Art entsprechende Besonderheiten aufweist. So räumt sein Zweck, der zugleich den Begriff des Lehrlings selbst umgrenzt, nämlich dessen berufsmäßige Ausbildung, dem Lehrherrn anstatt der dem allgemeinen Arbeitsvertrage eigentümlichen Gleichstellung der Vertragsparteien gegenüber dem Lehrling eine übergeordnete Stellung ein. Diese wird noch dadurch gestärkt und betont, daß dem Lehrherrn über die Pflicht zur berufsmäßigen Ausbildung hinaus in gewissem

---

[1]) S. a. Staub, Anm. 1 zu § 76 HGB, S. 514, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichtes.

[2]) S. a. Kaskel, S. 67 E; Bail, S. 78.

[3]) S. a. Hueck-Nipperdey, S. 344; Staudinger, Vorbem. VI 10, S. 713. So ferner J.W. 1930, S. 449, Nr. 32, wo das Reichsarbeitsgericht allerdings diese Feststellung auf die Entgeltlichkeit des Lehrvertrages abstellt. Jeder Zweifel über die Rechtsnatur des Lehrvertrages wird durch § 3 Satz 2 des Entwurfes behoben; s. a. Kreller, Archiv 122, 3 ff. — Gegen J.W. 1925, S. 1887, Nr. 7, wo dem Lehrvertrage der Charakter als Arbeitsvertrag abgesprochen wird, auch Hueck in seiner Anmerkung hierzu.

Umfange kraft seiner Erfahrung und seines meist höheren Alters die weitere Aufgabe obliegt, den Lehrling allgemein zu beraten. Er hat mit anderen Worten erzieherisch auf ihn einzuwirken und ihn auch auf diese Weise zu einem brauchbaren Menschen heranzubilden.[1] Daraus folgt weiter noch, daß der Lehrherr den Lehrling auch während seiner Freizeit zu überwachen hat.[2])

Um das Ziel und den Zweck[3]) zu erreichen, ist eine bestimmte Dauer des Lehrvertrages erforderlich. Daran ist auch der Lehrherr interessiert; denn die zumeist natürlichen anfänglichen Minderleistungen des Lehrlings werden durch später zu erwartende Besserleistungen ausgeglichen. Solche und ähnliche Besonderheiten lassen im einzelnen gewisse Sonderregelungen des Lehrvertrages notwendig erscheinen, ohne aber die grundsätzliche Geltung der Arbeitsvertragsbestimmungen zu beeinträchtigen.[4])

Das allgemeine Interesse an einer guten Berufsausbildung rechtfertigt das Bestehen gewisser Beschränkungen hinsichtlich der Fähigkeit zum Halten von Lehrlingen sowie weiter der Gestaltung des Inhaltes des Lehrvertrages.[5]) Hierauf haben die entsprechenden Berufsvertretungen, z. B. Handwerkskammern, Innungen, bestimmten Einfluß; denkbar ist auch eine Regelung durch Tarifvertrag.[6])

Endlich bedarf der nicht voll geschäftsfähige Lehrling zum Abschluß des Lehrvertrages der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und, wenn dieser ein Vormund ist, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1822 Ziffer 6 BGB.

Der Vertrag kommt in der Regel durch übereinstimmende Willenserklärung der Parteien zustande, doch schließt der Mangel der Schriftlichkeit nach geltendem Rechte das Erheben gewisser Ansprüche, z. B. solcher auf Schadensersatz, aus.[7])

---

[1]) S. a. Bail, S. 80; Jacobi, S. 57; Kaskel, S. 185; R.G.Str. 27, 133; 34, 312. So a. § 127 a Gewerbeordnung.

[2]) S. a. Bail, S. 80.

[3]) Für einen bestimmten Erfolg wird freilich nicht eingestanden; denn der Lehrvertrag ist kein Werkvertrag. S. dazu auch Kaskel, S. 185, Anm. 1.

[4]) S. a. § 3 des Entwurfes.

[5]) S. a. §§ 126 ff. der Gewerbeordnung.

[6]) S. dazu auch § 91 Absatz I des Arbeitsgerichtsgesetzes.

[7]) S. a. §§ 127 d, 127 f der Gewerbeordnung; § 79 HGB. S. ferner § 150, 4 a der Gewerbeordnung: Strafbarkeit des Lehrherrn bei nicht schriftlichem Abschluß des Lehrvertrages.

II.

Die Pflichten des Lehrlings.

Die Pflichten des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrage kehren sinngemäß im Lehrvertrage als solche des Lehrlings gegenüber dem Lehrherrn wieder, wenn sie sich auch im einzelnen der besonderen Art dieses Vertrages durch entsprechende Abweichungen anpassen.

1. Die Arbeitsleistung.

Wie beim Arbeitsvertrage im eigentlichen Sinne, so steht auch hier die Arbeitsleistung im Vordergrunde, findet aber ihre Beschränkung jenem gegenüber durch den Zweck des Lehrvertrages, nämlich die Ausbildung des Lehrlings. Daraus ergibt sich, daß der Lehrling weniger zum Nutzen seines Lehrherrn Arbeit zu leisten hat als vielmehr in der Hauptsache solche, die seine Ausbildung zu fördern geeignet ist. Der Lehrherr kann daher die dafür erforderliche Zeit nicht durch besondere, andere Dienstleistungen für sich in Anspruch nehmen.[1]) Ausnahmen können sich allerdings auch hier wieder unter besonderen Umständen ergeben, z. B. bei Aufnahme des Lehrlings in die häusliche Gemeinschaft des Lehrherrn.[2])

2. Die Gehorsamspflicht.

Dem Wesen des Lehrvertrages, charakterisiert durch die Aufgabe des Lehrherrn als Erziehers sowie seine oben schon erörterte Überwachungspflicht gegenüber dem Lehrling, entspricht eine im Vergleich zum sonstigen Arbeitsvertrage erheblich gesteigerte Gehorsamspflicht des Lehrlings, die in § 127c der Gewerbeordnung für gewerbliche Lehrlinge sogar durch ein Züchtigungsrecht des Lehrherrn betont wird. Sie geht also hier über den Rahmen der Arbeitsleistung als solcher weit hinaus, indem der Lehrling ganz allgemein den Weisungen des Lehrherrn zu folgen hat, mithin grundsätzlich auch während seiner Freizeit. Natürlich braucht aber auch hier der Lehrling unsittliche, strafbare, gesund-

---

[1]) S. a. Bail, S. 78.

[2]) S. a. § 127 Absatz II der Gewerbeordnung; § 76 Absatz III HGB; ferner Bail, S. 81; Kaskel, S. 189 A.

heitsschädliche Weisungen nicht zu befolgen, wie auch der Lehrherr auf das Empfinden des Lehrlings entsprechend der ihm obliegenden erzieherischen Aufgabe Rücksicht zu nehmen hat.

3. Die Treuepflicht.

Noch enger als im Arbeitsvertrage ist die Treuepflicht mit der Gehorsamspflicht im Lehrvertrage verbunden, ja zumeist wesensgleich. Sie wird durch die Pflicht zur Verhütung von Schäden durch sein oder anderer Verhalten, weiter zu anständigem Betragen gegenüber dem Lehrherrn, und dann vor allem auch zur Geheimhaltung ihm bekannt gewordener Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse erschöpft. Ferner gilt für die Dauer des Lehrvertrages auch das gesetzliche Wettbewerbsverbot.[1])

4. Das Lehrgeld.

Als besondere Pflicht tritt zu den bisher genannten noch die zur Zahlung des vereinbarten Lehrgeldes. Hierbei handelt es sich aber um einen rein zivilrechtlichen Anspruch des Lehrherrn, für den die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes gelten.[2])

III.

Die Folgen der Pflichtverletzung.

Wenn auch der Lehrvertrag dem engeren Gebiete des Arbeitsvertragsrechtes angehört, selbst, wie oben[3]) ausgeführt, ein Arbeitsvertrag ist, so trägt er doch seiner Natur nach gegenüber dem gewöhnlichen Arbeitsverhältnisse einige Besonderheiten an sich, auf Grund deren demnach auch eine Reihe besonders gearteter Rechtsfolgen herzuleiten ist.

1. Bei der Arbeitsleistung.

Die Pflicht des Lehrlings zur Arbeitsleistung als eine der Hauptpflichten, die dem Ausbildungszweck desselben dient, legt deshalb auch die Frage nahe, ob und welche Rechtsfolgen ihre Verletzung nach sich zieht. Den Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage bildet das Interesse des Lehrherrn an der Arbeitsleistung des Lehrlings. Dieses ist einmal ein ideelles,

---

[1]) S. a. §§ 60, 61 HGB.

[2]) S. a. Kaskel, S. 190 IV.

[3]) S. 45.

soweit sein Ruf als tüchtiger Meister unter seinen Fachgenossen und weiter auch unter seiner Kundschaft in Betracht kommt. Daneben tritt aber in nicht unerheblicher Weise der Wert der Arbeit selbst, die ihm vom Lehrling zu leisten ist. Ein solcher Wert wird regelmäßig schon von Anfang an festzustellen sein, vor allem, wenn man berücksichtigt, daß der Lehrling im Einzelfalle neben seiner der reinen fachlichen Ausbildung gewidmeten Arbeit im Rahmen des Vertrages auch mancherlei Dienste untergeordneter Art zu leisten verpflichtet ist, wie z. B. Reinigung der Geschäftsräume, Besorgung von Gängen u. a. m.[1]) Mit der Dauer tritt alsdann weiter regelmäßig eine Steigerung der Leistungen ein, die dem Lehrherrn eine wachsende Unterstützung zu bringen vermag.[2]) Daraus folgt das Interesse des Lehrherrn an der Arbeitsleistung des Lehrlings und folglich auch die Möglichkeit eines Vermögensschadens bei einer Entziehung der Arbeitskraft des Lehrlings. Andererseits kann ein Schaden durchweg nur bei völliger Nichtleistung in Betracht kommen, da eine Schlechtleistung regelmäßig eine nicht unerwartete Begleiterscheinung ist und demnach bei dem Charakter des Vertrages als Lehrvertrag durch diesen selbst aufgesogen wird. Das wird man selbst bei Fahrlässigkeit noch in weitem Umfange annehmen müssen.

Bei völliger Nichtleistung ergibt sich folgendes: der Lehrherr kann den Schaden ersetzt verlangen, der ihm hieraus entstanden ist. Hat er z. B., was namentlich während der sogenannten Saison vorkommen kann, zum Ersatz für die ausfallenden Dienste des Lehrlings einen Gehilfen angenommen, so kann er die Erstattung seiner Ausgaben für diesen verlangen. Im Falle eines auf Leistung der vertraglichen Arbeit gehenden Urteils käme dessen Vollstreckung nach § 887 CPO, also Ersatzvornahme, in Betracht. Dagegen kann die Dienstleistung selbst weder unmittelbar noch mittelbar vom Dienstpflichtigen erzwungen werden (§ 888 Absatz II CPO).[3])

Für einen unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden Lehrling kommen weiter bei unerlaubtem Verlassen der

---

[1]) S. a. Staub, Anm. 7 zu § 76 HGB, S. 515.

[2]) S. a. „Recht" 1907, 905.

[3]) S. a. Staub, Anm. 8 zu § 76 HGB, S. 515.

Lehre die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1631, 1666 Abs. I, 1800, 1837 BGB in Betracht, wonach der Lehrling unter Anwendung von Zwang in die Lehre zurückgeführt werden kann.[1])

Endlich wird man auch hier dem Lehrherrn ein außerordentliches Recht zur Auflösung des Vertrages gewähren müssen.

Schadensersatzansprüche und das außerordentliche Kündigungsrecht sind ferner zu bejahen, wenn eine vorsätzliche Schlechtleistung des Lehrlings vorliegt. In diesem Falle würde es dem Billigkeitsempfinden und schließlich auch dem Erziehungszwecke des Lehrvertrages zuwiderlaufen, wenn der auf eine Rechtswidrigkeit gerichtete Vorsatz hier gewissermaßen Rechtsschutz genießen würde.

2. Bei der Gehorsamspflicht.

Für ihre Verletzung müssen im allgemeinen die gleichen Grundsätze gelten wie beim gewöhnlichen Arbeitsvertrage. Doch ist naturgemäß auch hier in Rücksicht auf den Charakter des Lehrvertrages ein anderer Maßstab anzulegen. Die übergeordnete Stellung des Lehrherrn und die daraus folgende Pflicht und Möglichkeit eines stärkeren persönlichen Einwirkens auf den Lehrling in Erfüllung der dem Lehrherrn obliegenden Erziehungsaufgabe werden bei weitem weniger die Annahme eines wichtigen Grundes zur fristlosen Auflösung des Vertragsverhältnisses rechtfertigen. Hierfür müßten schon ganz besondere Umstände vorliegen und dargetan werden.[2]) Ebenso verhält es sich mit etwaigen Schadensersatzansprüchen, die praktisch auch kaum hierbei in Erscheinung treten werden.

3. Bei der Treuepflicht.

Praktisch wichtiger kann dagegen die Verletzung der Treuepflicht durch den Lehrling werden; denn hier ist wieder ein größeres schutzwürdiges Interesse des Lehrherrn gegeben. So kommt vor allem das Wettbewerbsverbot mit seinen dem allgemeinen

---

[1]) Zu beachten, daß diese besonderen Ansprüche wegen unerlaubten Austritts des Lehrlings nur bei Schriftlichkeit des Lehrvertrages gegeben sind. S. u. a. § 79 HGB.

[2]) S. a. J.W. 1930, S. 3163, Nr. 2.

Arbeitsvertrage entsprechenden Regeln in Betracht.[1]) Auf diese, die oben[2]) erörtert sind, darf hier verwiesen werden.

In gleicher Weise zeitigt die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht die oben dargelegten Rechtsfolgen.

Freilich wird man auch hier unter Berücksichtigung des Charakters des Lehrvertrages einen anderen Maßstab anlegen müssen wie beim gewöhnlichen Arbeitsvertrage, wo auf Seiten des Arbeitnehmers ohne weiteres ein höheres Maß von Einsicht und Verständnis für die Pflichten des Vertrages und ihre Erfüllung vorausgesetzt werden kann. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und die Anschauung eines vernünftig denkenden Menschen müssen auch hier wieder einer gerechten Beurteilung den Weg weisen.

---

[1]) S. §§ 60/61 HGB; §§ 17, 19 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.

[2]) S. 28, 42.